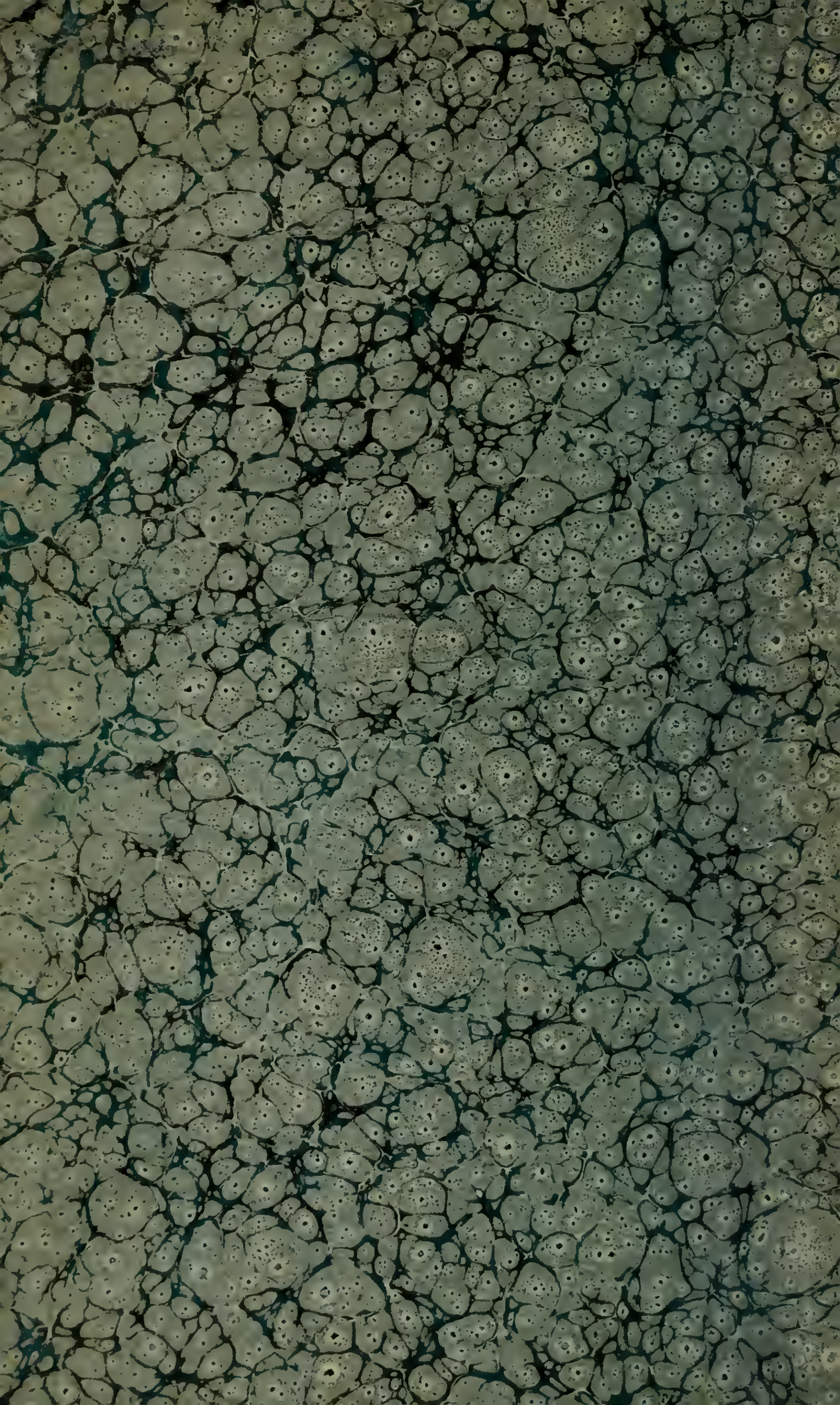




LE DROIT CIVIL
EXPLIQUÉ.

COMMENTAIRE DU TITRE IX DU LIVRE III
DU CODE CIVIL :

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ
CIVILE ET COMMERCIALE.

Tout exemplaire non revêtu de ma signature sera réputé contrefait et le débitant sera poursuivi conformément à la loi.

PARIS. — IMPRIMERIE DE COSSON,
9, rue Saint-Germain-des-Prés.

LE DROIT CIVIL EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE,
DEPUIS ET Y COMPRIS LE TITRE DE LA VENTE.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

CIVILE ET COMMERCIALE,

OU

COMMENTAIRE DU TITRE IX DU LIVRE III DU CODE CIVIL,

PAR M. TROPLONG,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION, MEMBRE DE L'INSTITUT,
OFFICIER DE L'ORDRE ROYAL DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier,
mais dans lequel on a adopté la forme plus commode du commentaire.



TOME PREMIER.

PARIS,

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
10, RUE DE SEINE.

1843.

PRÉFACE. (1)

« Quoniam in singulis libris utor præmiis. »
CICER. ad Attic. IV, 16 (2).

L'homme, considéré dans ce qui tient à l'association de ses intérêts privés , se trouve placé entre deux directions contraires par le sentiment de sa force et le sentiment de sa faiblesse. Le premier le conduit à l'indépendance, et l'indépendance à un orgueilleux isolement; le second lui fait sentir le besoin d'un appui et rechercher dans l'association un remède à son insuffisance. L'apologue a dépeint ingénieusement cette double situation. Le lion, symbole de la force, n'accepte pas de société; le renard et son compagnon ne sont pour lui que de fragiles instruments; il les brise à sa volonté; lui seul est maître de la proie. Pour peindre l'esprit d'association dans sa vérité, l'apologue met en scène deux êtres affligés des infirmités de la vie : un estropié qui ne peut marcher s'unit à un aveugle qui ne peut se guider. L'aveugle prend l'estropié sur ses épaules; l'estropié dirige l'aveugle, et tous les deux arrivent à bon port (3).

(1) Cette dissertation a été lue à l'Académie des sciences morales et politiques.

(2) Edit. Panck., t. 19, p. 294.

(3) Anthologia, lib. I, c. 10.

Il y a, dans ces fictions, un épilogue pour les jurisconsultes. Le contrat de société, auquel elles font allusion, repose sur la réciprocité de besoin et de confiance; l'intérêt y a sa grande place: voilà pourquoi il est dans le nombre des contrats intéressés de part et d'autre. Mais l'égalité, la sympathie, la fraternité (ce dernier mot est d'Ulpien) (1) doivent servir de modérateur à l'intérêt, et le maintenir dans les voies du juste. Sans ces contre-poids nécessaires, la société perd ses avantages; elle devient un monopole au profit du plus fort; c'est la combinaison flétrie par le droit romain du nom de pacte léonin. Et comme le besoin est dans la nature humaine, le contrat de société, né du besoin, entretenu, développé, diversifié par le besoin, est au plus haut degré un contrat du droit naturel. L'homme créé sociable, placé à son berceau dans une société native par les lois immuables de la famille et de la cité, n'a fait qu'obéir à ses instincts les plus intimes lorsqu'il a appliqué l'idée de la société à l'administration de ses intérêts matériels. Il s'est associé pour certains genres d'affaires par un effet de cette grande loi naturelle, qui l'a invinciblement engendré pour la société de la famille et de l'état.

Le mot de société a un sens étendu qui comprend une foule de rapports que notre travail n'a pas pour objet d'embrasser. Toutes ces sociétés, les unes élémentaires, les autres artificielles, dont le faisceau forme la société politique; toutes ces agré-

(1) *Infrà*, n° 10.

gations si variées dans leur but, qui depuis le mariage et la commune s'échelonnent de degrés en degrés, en partant d'un principe commun (1), associations religieuses, amicales, politiques, littéraires, économiques : celles-ci animées d'un esprit conservateur, celles-là bouillonnant de l'esprit d'opposition et de réforme : celles-ci organisées pour le développement de la richesse privée et publique, celles-là pour la distraction et le plaisir ; toutes ces combinaisons, dis-je, n'entrent pas dans le plan de ce livre. Le cadre du jurisconsulte n'empiétera donc pas sur celui du publiciste ; c'est à ce dernier qu'il appartient de suivre l'esprit d'association dans les influences, tour à tour salutaires et redoutables, qu'il exerce, en s'appliquant aux intérêts et aux passions que le gouvernement est plus particulièrement chargé de diriger, de surveiller, de contenir. Le contrat de société, réglé par le Code civil, est renfermé dans des limites plus étroites ; c'est exclusivement celui qui se forme entre deux ou plusieurs personnes pour se procurer un bénéfice appréciable en argent, et se le partager. Tel qu'il est, il a une très-grande importance, et depuis quelques années il a beaucoup occupé non-seulement les jurisconsultes, mais encore les économistes. Entre tous les contrats du droit civil, c'est celui qui est l'objet de plus d'espérance et de faveur de la part d'une époque fortement préoccupée de ses intérêts matériels. L'activité industrielle, qui, pour le moment, a succédé

(1) V. Cicer. *De officiis*, lib. I, c. 16 et 17.

à l'activité guerrière de notre nation, fait rêver à quelques-uns de splendides conquêtes par l'association. Ils veulent que l'association fasse sortir de son sein des phalanges de capitalistes plus nombreuses et mieux disciplinées ; ils demandent au contrat de société des armées de producteurs, des chefs obéis, et une nouvelle stratégie économique plus en rapport avec l'ambition des grandes entreprises.

Une telle disposition des esprits ne laisse pas que d'être embarrassante pour un livre sur la société. Je ne serais pas étonné que l'on s'attendît à y trouver quelque secret magique, quelque arcane merveilleux pour décupler la richesse par la puissance de l'association ! Mais je dois avouer dès l'abord que je n'ai rien tenté pour réaliser ces espérances ; je les crois exagérées. En me renfermant dans le présent, en laissant à l'écart l'avenir que je ne saurais prévoir, je ne pense pas que l'esprit d'association soit appelé à de plus grandes destinées que celles qu'il a accomplies dans le passé et jusqu'à ce jour. Je crois notre loi sur les sociétés bonne, suffisante, assez large pour toutes les conceptions sages. Je n'en demande pas la réforme, et l'on me trouvera plus disposé à la défendre qu'à l'accuser d'être imprévoyante, étroite ou arriérée.

Loin de nous, donc, toutes ces préventions trop favorables, qui ressemblent à de l'engouement. A mon avis, ce sont des débris de systèmes philosophique et économique sans consistance et sans vérité. Ces systèmes sont tombés parce qu'ils étaient insoutenables. Cependant, du bruit qu'ils ont cherché à faire, il est resté comme un soupçon

vague, que le contrat de société pourrait bien être un moyen de production et d'organisation plus énergique qu'on ne l'a cru jusqu'à présent. Je ne veux pas revenir sur ces systèmes; on sait à quels écarts ils ont conduit le droit de faire des utopies. Entre les mains de Robert Owen, l'association, poussée dans ses dernière conséquences, a abouti à la communauté d'hommes et de femmes, et les malheureuses populations de l'Amérique du nord qui en ont fait l'épreuve sont tombées dans l'état sauvage et l'abrutissement. Un autre novateur, Saint-Simon, s'est servi de l'esprit d'association, non dans les vues démocratiques d'Owen, mais pour asseoir une hiérarchie idéale de capacités, qui est tombée sous le ridicule. Enfin Charles Fourier a imaginé une théorie sociétaire, dont l'effet serait de réaliser, au sein du phalanstère, une association intégrale qui ferait disparaître la concurrence et les collisions, et unirait les passions, les goûts, les sentiments, les intérêts et les travaux. De pareilles exagérations sont déplorables. L'association est une puissance considérable, sans doute; mais elle n'est pas la seule à laquelle l'homme veuille obéir, et ce serait une témérité de sa part de chercher à abolir les autres mobiles de l'humanité. Or, l'indépendance individuelle, la personnalité libre, l'action isolée de l'individu sont aussi des besoins qui, dans une certaine mesure et dans certaines conditions données, ont droit à être respectés et satisfaits. Les peuples de l'Europe moderne n'ont pas, à l'égal des anciens, cet esprit d'abnégation qui porte à s'abdiquer

soi-même devant l'association. Le sentiment de l'indépendance individuelle, de la grande valeur personnelle de l'homme, est entré par le christianisme et par les races germaniques dans les éléments de la civilisation moderne; il y est indélébile, et nous rétrograderions vers des civilisations imparfaites, si l'intérêt communiste ne se conciliait pas avec cet élément fécond d'activité. Aussi n'est-il pas besoin de grands efforts pour faire justice de ces théories absurdes ou dangereuses qui s'évertuent à emboîter l'homme tout entier dans l'association. Mais si l'on est incrédule sur la grande vertu de l'esprit sociétaire pour régénérer la civilisation, on a plus de penchant à lui en donner une pour régénérer l'industrie Sous ce second rapport, on croit plus facilement au miracle, et c'est contre ce préjugé que je veux élever ici quelques brèves objections.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'esprit d'association est en honneur. Les Romains en ont parlé avec enthousiasme (1); ils l'ont pratiqué avec

---

(1) Ciceron.
Ulpien,
Papinien,
Enfin écoutons l'empereur Léon :

« Multa cumulatim bona mortalium vitæ confert prudenter et cum ratione instituta rerum communio ; etenim qui viribus valet, si cum altero, qui similiter viribus valeat, communicet longe præstantiores atque utiliores ejus vires fuerint. Et divites, si divitias communes faciant, majorem ex divitiis voluptatem capiant. Denique si paupertas premat, operarum communio consolatione, qua paupertatis acerbitas mitigatur, non indigebit. Verum quum adeò commoda atque utilis in communi vita, communio *et societas sit*, etc.. etc. »

(Nov. 102 de l'emper. Léon.)

L'éloge que l'empereur Léon fait de la communauté n'est pas en

grandeur; nous le verrons bientôt. Mais c'est surtout le moyen âge qui fut une époque prodigieuse d'association ; c'est lui qui donna naissance à la communauté conjugale, à ce régime qui convient le mieux aux sentiments d'affection et de confiance sur lesquels repose le mariage!! c'est lui qui forma ces nombreuses sociétés de serfs et d'agriculteurs, qui couvrirent et fécondèrent le sol de la France; c'est lui qui multiplia ces congrégations religieuses dont les services ont été si grands par leurs travaux de défrichement et leur établissement au sein des campagnes abandonnées ; c'est lui qui ranima l'esprit municipal, reconstitua la commune, les confréries de toute espèce, les corporations littéraires, marchandes, manouvrières, etc., etc. Probablement alors l'on parlait moins qu'aujourd'hui de l'esprit d'association; mais cet esprit agissait avec énergie; il obtenait des résultats proportionnés aux besoins qui l'excitaient naturellement. La civilisation était en travail de formation; les éléments similaires se réunissaient, poussés tantôt par l'intérêt de défense, de conservation, d'organisation, tantôt par les doctrines de charité et de fraternité chrétienne. Maintenant d'autres temps, d'autres mœurs ; l'esprit critique qui nous domine a fait grandir l'esprit d'individualité. La raison individuelle, en se posant comme source de la vérité, a exalté l'individu en

---

contradiction avec ce que disent les lois 26 D. *De Servit. prædor. urbanor*, et 20 D. *De legat.* 2°, car la communauté dont parle cette novelle n'est pas une communauté purement passive, mais la communauté résultant de la société.

qui elle réside. De l'analyse philosophique, on est passé à l'analyse sociale : impitoyable méthode qui décompose une nation, et en élève les parties sur le piédestal que la synthèse avait fait à l'ensemble. De plus, la propagation de l'aisance matérielle, de l'industrie et des lumières a secondé cette marche ascendante de l'individu ; car elle l'a doté de la force morale que procurent la richesse et les idées. Chacun s'est senti plus en état de se suffire à soi-même et de prendre son point d'appui dans sa propre indépendance. Enfin les principes politiques de liberté individuelle et d'égalité ont agi sur ces tendances par une grande part d'impulsion. On a craint de trouver, dans l'association des intérêts civils, une tyrannie dont l'ordre politique s'était affranchi ; on a redouté la soumission à autrui, dans les matières de propriété privée, comme dans les matières qui touchent aux droits politiques les plus jaloux ; le gouvernement nécessaire à toute société industrielle a excité les mêmes défiances que le gouvernement de l'état. Pour tout dire d'un mot, notre nation n'est pas passionnée pour la règle. Beaucoup de liberté, un peu de caprice même, lui sont nécessaires pour tempérer à ses yeux l'empire de ses lois. Non-seulement vous ne lui ferez pas subir les essais d'institution qui rappellent les pratiques monacales du moyen âge ; mais vous ne la déterminerez pas à s'organiser systématiquement en sociétés civiles, industrielles, agricoles, pour l'exploitation de la richesse privée. L'esprit d'association n'est pas chez nous assez ardent ; il a dans l'esprit d'indépendance

individuelle un rival trop séduisant, trop caressé.

Du reste, aux causes générales qui me paraissent balancer dans ce pays l'influence de l'association, je n'ajouterai pas les mécomptes qui, dans ces dernières années, ont accompagné tant d'entreprises annoncées avec fracas, et tombées avec scandale. Ces circonstances sont passagères, et je ne voudrais pas qu'on rendît l'esprit d'association responsable des fautes de quelques charlatans et de quelques dupes. On fera bien sans doute de ne plus croire aux gros dividendes et aux miracles des actions ; de se tenir en garde contre l'agiotage qui crée des millions sur le papier, et enfante la banqueroute en réalité. Ce sera la leçon profitable qui sera sortie d'une fièvre de quelques mois, dont nous sommes heureusement guéris. Mais que l'esprit d'association ne soit pas rendu solidaire de ces folies; car le contrat de société est un instrument excellent pour faire prospérer les intérêts civils ; il faut qu'il conserve toujours dans le commerce et dans l'industrie la mesure de faveur qu'il mérite ; il faut qu'il continue à y être considéré comme un puissant levier pour les spéculations sages et prudentes. Mais, ceci accordé, j'en reviendrai à ma pensée première, et je soutiendrai qu'il existe de justes limites que l'esprit d'association ne doit pas chercher à franchir. Non ! l'association, n'est pas appelée en France à tout gouverner. L'élan spontané de l'esprit individuel est aussi une force vive de notre nation, et une cause de son originalité; il y a place pour ces deux éléments dans le cercleimmense de l'activité française.

Je parlais tout à l'heure des manifestations énergiques de l'esprit d'association dans des temps que nous sommes trop disposés à perdre de vue.

Nous imaginerions-nous, par hasard, que ce soit à compter d'aujourd'hui que l'association a conçu de grandes pensées et réalisé de grandes choses? Quelques écrivains l'ont cru. La puissance de production donnée par l'association des capitaux et de l'industrie, l'importance et l'étendue des opérations exécutées par l'association, leur ont paru être des idées et des faits nouveaux. Le droit ancien, type du droit moderne, s'est montré à eux dans des proportions trop étroites, trop dépourvues de principes économiques rationnels, pour suffire à l'entier développement des intérêts de notre époque.

Ce sont là de fâcheuses préoccupations, et l'histoire va bientôt déposer contre de pareils jugements. Les formules des jurisconsultes romains, imitées par Domat, Pothier et autres, et élargies par la coutume commerciale, ont jeté les vrais fondements du contrat de société. Cette profonde algèbre du droit ne couvre pas le vide, ou d'insignifiantes et incomplètes relations. Elle est le fruit d'une longue expérience, d'une savante observation de faits considérables. Si quelquefois le savoir indulgent de ces maîtres se met à la portée de ceux qui ont besoin d'apprendre, en éclaircissant les règles par les exemples les plus palpables de la vie commune, il faut bien se garder de croire qu'il n'y ait pas derrière eux des combinaisons plus variées et plus vastes. Paul parle quelque

part de deux professeurs qui s'étaient associés pour enseigner la grammaire. Pothier cite deux voisines qui avaient mis leurs vaches en société. Mais il serait absurde de conclure de là que le droit n'eût pas à sa disposition des faits d'association plus intéressants. Chez ce peuple romain qui avait remué l'univers; dans ce moyen âge qui créa tout par l'association ; dans cette Europe d'autrefois, qui sut coloniser le Nouveau-Monde, sillonner les mers les plus lointaines de sa marine marchande, trouver l'assurance et le crédit, défricher, dessécher, canaliser ; dans tout ce passé, dis-je, si riche d'entreprises et de découvertes, soyons convaincus que la jurisprudence fut sans cesse alimentée par de grandes applications de l'esprit d'association ; qu'elle en a connu l'importance et le but économiques, et que, par une généralisation savante de faits industriels très nombreux et très compliqués, elle est arrivée à asseoir le contrat de société sur ses véritables rapports intérieurs et extérieurs, à calculer avec exactitude la force relative des valeurs que ce contrat met en action, à donner au personnel une organisation sagement étudiée, et qui, se prêtant avec souplesse aux exigences de tous les cas, réunit tour à tour les avantages de l'égalité et ceux de la hiérarchie.

Voyons d'abord comment les Romains employèrent ce puissant instrument de l'association.

Avant tout, nous avons besoin de faire remarquer que le génie de ce peuple, quoique éminemment guerrier, politique et agriculteur, ne resta cependant pas étranger aux entreprises du com-

merce. Si une loi provoquée par les tribuns, à l'époque des guerres puniques, défendait aux sénateurs les spéculations mercantiles (1), il faut dire qu'elle avait été reçue par ceux-ci comme une atteinte à leur liberté et comme une ruse du parti populaire pour empêcher l'agrandissement des fortunes aristocratiques (2). Cette loi n'est donc pas un indice de l'éloignement des Romains pour les professions lucratives. D'ailleurs, les hommes d'état et les moralistes de Rome ont fait l'éloge du commerce qui, par d'utiles échanges, met la richesse en circulation, répand autour de lui l'abondance, et mérite la considération quand la bonne foi préside à ses actes (3). Les provinces, en effet, étaient couvertes de citoyens romains qui venaient y exercer le négoce, faire fructifier leurs capitaux, et s'enrichir par des spéculations de toute espèce. C'étaient des citoyens romains qui exploitaient presque tout le commerce de la Gaule, de telle sorte qu'il ne se faisait pas une affaire dans ce pays, il ne s'y remuait pas une pièce de monnaie (je copie Cicéron) (4), sans l'intervention d'un citoyen romain. Là se trouvaient en foule des ca-

---

(1) Tit. Liv., 21, 63.

(2) *Id.*

(3) C'est ce que dit Cicéron dans son traité *De officiis*, I, 42 : « Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est ; sin magna et « copiosa, *multa undique apportans, multisque sine vanitate impartiens*, non est admodùm vituperanda, etc., etc. »

(4) Cives romani negotiantur in Gallia... Referta Gallia negotiatorum est, plena civium romanorum. Nemo Gallorum sine cive romano quidquam negotii gerit. Nummus in Galliâ nullus, sine civium romanorum tabulis, commovetur. (*Pro Fontejo*, n° 4.)

pitalistes, spéculant sur les immeubles (1), sur la ferme des impôts (2), sur le commerce de l'argent (3), sur l'industrie agricole (4), sur toute sorte de trafic (5). En Asie, quatre-vingt mille citoyens romains étaient répandus dans les villes pour y exercer le commerce (6). Mithridate arrosa cette province de leur sang ; mais cette effroyable réaction de l'esprit indigène ne découragea pas les tentatives du commerce romain. Quelques années plus tard, l'Asie comptait dans son sein de nouveaux et nombreux établissements (7), dont le crédit commercial était si intimement uni à celui de Rome, qu'au jugement des hommes politiques prévoyants, une crise commerciale en Asie était de nature à faire suspendre les paiements dans la capitale (8)!! J'ajoute que de très honorables citoyens étaient engagés dans le haut négoce : Atticus, par exemple, que Cicéron appelle *germanus negotiator* (9), Rabirius (10), dont la fortune était immense,

---

(1) Cicer. *Pro Quintio.*

(2) *Pro Fontejo*, nos 4, 19. *Publicanos*, *pecuarios.*

M. du Rozoir traduit *pecuarii* par *trafiquant de bestiaux* (éd. Panck., t. 9, p. 387). *Pecuarii* veut dire fermier des pâturages publics (Burmann, *De vectigalib.*, c. 9, p. 140, d'après Asconius et Tite-Live).

(3) Cicer. *Pro Fontejo*, n° 4.

(4) *Id.*, nos 4 et 6.

(5) *Id.*, nos 4, 6, 14, 19.

(6) Valer. Maxime, lib. 9, c. 2, n° 3. « Octoginta millia civium ro« manorum, in Asia, per urbes *negotiandi gratia*, dispersa. »

(7) Cicer. *Pro lege Manilia*, 7. Deinde cæteris ex ordinibus homines gnavi et industrii partim ipsi in Asia negotiantur.

(8) Ciceron fait ressortir ce point, *loc. cit.*

(9) *Ad Attic.* I, 18 (éd. Panck., t. 18, p. 110.)

(10) Cicer., *Pro Rabirio Posthumo.*

et tant d'autres appartenant à l'ordre équestre, et intéressés dans les fermes de l'impôt. Pour les rangs moins élevés, un vaste champ s'offrait au négoce, dans les entreprises de travaux publics, que les censeurs étaient dans l'usage de mettre en adjudication (1); dans la propriété et l'exercice des navires marchands (2); dans les transports par terre et par eau; dans le commerce de détail géré le plus souvent par des esclaves, mais engageant directement les maîtres par l'effet de l'action institoire (3). Le petit commerce dédaigné par l'aristocratie (4) était surtout le domaine des affranchis. C'est là que ces hommes échappés à la servitude se donnaient rendez-vous pour se créer une existence indépendante et aisée. Exempts des préjugés de naissance, ne reculant devant aucune profession pourvu qu'elle procurât du gain, cupides, avares et tenaces (5), tout leur était bon, depuis les entreprises de pompes funèbres (6), et la construction des cénotaphes (7), jusqu'à l'armement des navires, le commerce des vins, des bestiaux (8), des céréales,

---

(1) Tite Live, lib. 24, c. 18, parle de la mise en adjudication par les magistrats des travaux nécessaires pour réparer les édifices sacrés, « *locationibus ædium sacrarum tuendarum.* »

(2) Tit. Liv., 21, 63.

V. le Digeste *De exercit. act.*

(3) Dig. *De institot. actione.*

(4) Cicer., *Offic.*, I, 42.

(5) Paratus fuit quadrantem de stercore mordicus tollere. (Pétrone, *Satyric.*, c. 43.)

(6) Pétrone, *Satyric.*, 38 : « *Ecce libitinarius fuit.* »

(7) Id. 65. Il cite Habinnas, devenu sevir, et précédemment *lapidarius*, qui *videtur monumenta optime facere.*

(8) L'affranchi Trimalchyon raconte qu'il fit construire des navires ; « *Concupivi negotiari... quinque naves ædificavi; oneravi vinum;* et

des parfums, des esclaves (1). Quand ils s'étaient bien arrondis comme des rayons de miel (2), ils achetaient des terres, faisaient construire de belles maisons, prêtaient à usure aux affranchis moins riches qu'eux (3), se faisaient nommer aux charges municipales de leur ville (4), et menaient, dans une oisiveté ridiculement fastueuse, et dans des plaisirs licencieux, une vie égoïste et brutale. Pétrone a répandu les traits de sa verve comique sur cette classe abjecte de parvenus, dans laquelle Rome était cependant réduite à aller se recruter!!

Dans ce mouvement des intérêts romains en dehors de l'esprit militaire et politique, on comprend que l'association, cette compagne ordinaire des efforts pacifiques d'un peuple pour la production, dut trouver un aliment presque journalier à son activité.

Et, en effet, il est certain que les Romains avaient coutume de s'associer pour toutes les opérations de leur commerce de terre et de mer; pour la traite des esclaves (5); pour des achats de terrains à bâtir

« Tunc erat contra aurum; misi Romam,.... *venalitia coemo jumenta*. Quidquam tangebam, *crescebat tamquàm favus*. » (Pétrone, c. 76.)

Voyez aussi ce que dit l'auteur du Tarentin Lycas, propriétaire, capitaine de navire et possédant une maison de commerce, c. 101.

On peut consulter l'excellente traduction de Pétrone par M. Baillard de Nancy (classiques Nisard).

(1) C'est encore Trimalchyon qui parle de ses entreprises: « Exoneravi vinum, lardum, fabam, sephasiam, mancipia » (c. 66).

(2) Pétrone reproduit deux fois cette comparaison, d'abord au n° 43 et puis au n° 76.

(3) C'est ce que Trimalchyon raconte de lui, c. 76.

(4) Tel fut Habinnas, qui devint sevir, c. 65.

(5) Inst. de Just. *De societate*.

et des entreprises de construction (1); pour un grand nombre de spéculations qui nécessitaient des transactions et des voyages lointains (2), ou des transports maritimes (3). L'oraison de Cicéron pour Quintius parle au long d'une société que le frère de ce dernier avait formée dans la Gaule Narbonnaise avec un certain Nevius, et qui avait fait des bénéfices importans dans les opérations sur les immeubles (4). Il y avait des sociétés pour de petits intérêts. Ici, ce sont deux grammairiens (j'ai déjà rappelé cet exemple), qui s'associent pour mettre en commun les bénéfices de leurs leçons (5). Là, c'est le comédien Roscius, qui contracte une société avec le maître de l'esclave Panurge, pour apprendre à ce dernier l'art scénique (6); ou bien ce sont des affranchis qui, pour sortir de leur état précaire, et arriver par leurs efforts communs à cette situation plus stable dont je parlais tout à l'heure, forment une société universelle de gains (7), genre d'association, qui a toujours convenu beaucoup aux travailleurs sans capitaux actuels.

Mais il y a aussi des sociétés pour les spéculations les plus compliquées et les plus étendues.

En voici trois exemples saillants :

---

(1) Ulp., l. 52, §§ 7 et 12.

(2) Ulp., l. 52, §§ 4 et 15.
l. 58, § 1.
l. 69, D. *Pro socio.*

(3) Ulpien, l. 1, § fin.
et l. 4, § 1. D. *De exercit. act.*

(4) *Pro Quintio.*

(5) Paul., l. 71. D. *Pro socio.*

(6) Cicer., *Pro Roscio comœdo.*

(7) Paul., l. 71, § 1, D. *Pro socio.*

D'abord, la banque s'exploitait presque toujours par des sociétés (1). Ce négoce, alors comme aujourd'hui, procurait des gains considérables. Non-seulement les banquiers (*argentarii*) faisaient le change (2), mais ils prêtaient à intérêt; ils recevaient des dépôts d'argent; ils intervenaient (3) dans les paiements entre débiteurs et créanciers, pour vérifier le poids et la qualité des espèces; ils étaient chargés de faire les comptes embarrassés, d'opérer des paiements par commission (4), etc. Tous ces actes d'un ministère tellement employé dans les habitudes des Romains, que l'on ne pouvait, en quelque sorte, s'en passer dans tous les contrats qui entraînaient numération d'espèces (5), exigeaient fréquemment le secours de la société. Les jurisconsultes parlent des *socii argentarii*, des *argentariæ societates* (6). Ces sociétés de banquiers étaient soumises à la solidarité (7), comme nos sociétés en nom collectif. Elles avaient de grands capitaux à leur disposition et un crédit imposant.

D'autres sociétés dirigeaient leurs spéculations

---

(1) Ulp., l. 52, § 5. D. *Pro socio.*
Paul., l. 27. D. *De pactis.*

(2) Pétrone, *Satyric.*, 56.

(3) Cicer., *Pro Flacco*, n° 19 (éd. Panck., t. 12, p. 254).

(4) Cujas, *Observat.*, lib. X, col. 14. — Saumaise *De usuris*, c. 17. Heineccius *De vitiis negotiationis collybisticæ vel cambialis*, t. 2, p. 441.

(5) « Et propterea, *nec*, *sine argentario*, ullus contractus habebatur, « in quomodo pecunia intercederet. » (Cujas, sur la loi 8 D., *depositi*, lib. 9, *quæst. Papin.*)

(6) Ulpius et Paul (lois précitées).

(7) Mathæus *De auctionibus*, lib. 2, c. 8, n° 5.

sur les fournitures des armées (1), et là se trouvait encore un élément d'activité commerciale, et une source de richesses.

Un seul trait de l'histoire romaine me suffira pour montrer la puissance de ces sociétés de fournisseurs, l'étendue de leurs ressources, les services que les Romains surent tirer de l'association dans les moments difficiles de la république.

Les deux Scipions, triomphants en Espagne, étaient parvenus à enfoncer l'armée d'Asdrubal et à empêcher son passage en Italie et sa jonction avec Annibal (2). Toutes les villes qui hésitaient encore dans ce pays des Ibères, convoité par Carthage, préparaient leur soumission. Mais au milieu de leurs succès, les deux généraux romains manquaient d'argent, de vivres et de vêtements pour leurs troupes de terre et de mer (3); et dans leurs lettres au sénat, ils annoncèrent qu'il faudrait évacuer la province, si Rome n'envoyait, sinon la solde, qu'on pourrait lever en Espagne, au moins les munitions et les approvisionnements. Ces demandes furent trouvées justes; mais la république s'était déjà épuisée en longs efforts. D'une part, la Sicile et la Sardaigne, ces greniers de Rome avant la guerre, pouvaient aujourd'hui nourrir à peine leurs garnisons. De l'autre, on ne pouvait compter sur le tribut imposé aux citoyens pour faire face à toutes les dépenses. Car le nombre de ceux qui le payaient

(1) Ulp., liv. 52, § 4. D., *Pro socio.*
(2) Livius, lib. 23, c. 29.
(3) Id., c. 48.

était tellement diminué, depuis les désastres de Trasimène et de Cannes, que les fortunes individuelles n'étaient plus en rapport avec la grandeur des besoins. C'était donc au crédit à suppléer aux ressources défaillantes de la république (1). C'est pourquoi le préteur Fulvius convoqua une assemblée générale du peuple, et s'adressant particulièrement à ceux qui s'étaient enrichis dans les marchés avec l'état, il les exhorta à traiter pour toutes les fournitures de l'armée d'Espagne, avec promesse qu'ils seraient remboursés sur les premiers fonds disponibles. Le préteur indiqua ensuite le jour où les soumissions seraient reçues.

Au jour fixé, il se présenta trois sociétés (*tres societates*) qui se chargèrent des approvisionnements nécessaires tant à l'armée de terre qu'à la flotte : sous deux conditions, la première, que les associés seraient exempts du service militaire tant que durerait l'entreprise ; la seconde, que la force majeure provenant de l'ennemi et de la tempête serait aux risques de l'état. Je ferai remarquer que cette clause était assez fréquente dans les marchés de ce genre (2), attendu qu'il n'existait pas chez les Romains de système d'assurance. Quoi qu'il en soit, l'engagement de ces trois compagnies ayant été agréé, les convois ne tardèrent pas à arriver en Espagne, et tous les services furent as-

(1) Itaque, nisi fide staret respublica, opibus non staturam. (Liv., lib. 23, n° 48.)

(2) V. p. ex., Suétone, Vie de Claude, n° 19. « Negotiatoribus certa « lucra proposuit, susceptâ in se damnis, si cui quid per tempestatem « accidisset. »

surés avec la même exactitude que si le trésor y eût pourvu lui-même (1). *Hi mores, eaque caritas patriæ*, s'écrie Tite Live. Mais nous le laisserons exalter le patriotisme des traitants. Ce qui nous intéresse ici, c'est la richesse de ces sociétés qui disposent de fonds assez considérables pour alimenter les dépenses d'une armée et d'une flotte; c'est la promptitude et la sûreté de leurs moyens; c'est cette industrie des fournitures exploitée en grand par des compagnies; ce sont les bénéfices que la spéculation en retirait. « Qui *redemturis* « *auxissent patrimonia*, ut reipublicæ, *ex quâ cre-* « *vissent*, ad tempus commodarent » (2).

Mais quelles que fussent ces sociétés et leur crédit, on doit mettre bien au dessus, pour l'importance et la considération, les sociétés organisées pour la ferme des impôts, et appelées *societates vectigales* (3), *societates vectigalium* (4). On sait que les Romains mettaient en ferme les droits de péage et de douane (5), les pâturages appartenant

---

(1) Autre exemple de ces marchés, Tit. Liv., 24, 18, et Valer. Maxime, V. VI, 8.

(2) Livius, 23, c. 48.

(3) Ulp., l. 5. D. *Pro socio.*

(4) Tacite, Annal, lib. 13, c. 50.
Caius, l. 1. D. *quod cujus univers.*
Paul, l. 65, § 15. D. *Pro socio.*
Ulpien, l. 63, § 8. D. *Pro socio,*
Paul., l. 9, § 4. D. *De public.*
l, 3, c. *Pro socio.*
Burmann (*De vectigalibus*, c. 9).
Sigonius (*de antiquo jure civ. rom.*, lib. 2, c. 4).

(5) Cicer., II *in Verrem*, 70.
On les appelait *portoria*. V. Burmann, *De vectigalibus*, c. 5.

à l'état en Italie et dans les provinces (1); les mines d'or, d'argent, de fer, de plomb, etc., etc., que la conquête leur avait données en Espagne, en Macédoine, dans l'Illyrie, la Thrace, l'Afrique, la Sardaigne, etc., etc. (2); les salines (3). Ce système de mise en valeur ne cessa pas d'être suivi malgré les profonds changements qui affectèrent la forme politique, depuis la république jusqu'aux empereurs chrétiens.

Un autre impôt avait fourni à la république des ressources considérables. C'était la dixme de tous les fruits (grains, huile, vin) (4), dont étaient frappées les terres de plusieurs provinces (5). Ces dixmes s'affermaient aux enchères, en vertu de la loi Sempronia (6). Elles faisaient arriver à Rome

---

(1) Tit. Liv., XXXIII, 42, et XXXV, c. 10.
Pline, XIX, c. 3.
Cicer., II *in Verrem*, 70.
Burmann, *De vectigalibus*, c. 4.

Les pasteurs payaient aux fermiers, pour chaque tête de bétail, un droit appelé *scriptura*, parce que les propriétaires devaient faire inscrire sur les registres de la ferme, les bestiaux qu'ils voulaient introduire dans les pâturages. Aucune bête ne pouvait être introduite dans les pâturages domaniaux sans être inscrite, sans quoi elle tombait en commise. (Plaute, *Trucul.*, 1, 2, 42.) L'Asie renfermait de riches pâturages du domaine. (Cicer., *Pro lege Maniliâ*, c. 6.)

(2) Burmann, c. 6.
Tit. Liv., lib. 45, n° 19.

(3) Burmann, c. 6.
L. II, c. *De vectigalibus*.
Cicer., *in lege Manil.*, 6.

Il y en avait en Asie qui occupaient un grand nombre de bras. (Cicer., *loc. cit.* et Pline, XXX, 7.)

(4) Cicer., III *in Verrem*, 6.

(5) L'Asie, par exemple, la Sicile, etc.
Cicer , III *in Verrem*, 6.

(6) Cicer., *loc. cit.*

le produit le plus net de l'industrie agricole, de l'Asie si vantée par l'abondance et la variété de ses produits (1), de la Sicile, ce grenier de Rome (2); de la Sardaigne (3), presque aussi fertile en céréales; de l'Afrique (4), riche en blé et surtout en huile (5); et en dernier lieu de l'Égypte qui, à elle seule, aurait pu nourrir le peuple romain (6). L'Espagne, mieux traitée, ne payait que le vingtième des blés récoltés (7); mais elle était soumise à la dixme pour les huiles et les vins (8).

Le bail de tous ces impôts se faisait à Rome (9), par le ministère des censeurs, moyennant un prix qui était versé au trésor public par les fermiers. Les baux étaient passés pour 5 ans (10); plus tard, et sous Constantin, ils étaient de 3 ans seulement (11). L'état était intéressé au plus haut degré à ce que les enchères en élevassent le prix, et les magistrats se faisaient un point d'honneur d'obtenir les adjudications les plus avantageuses (12).

---

(1) Cicer., *Pro lege Maniliâ*, 6, 7.
(2) Cicer., III *in Verrem*, 6 et suiv.
(3) Tit. Liv., 41, c. 1.
(4) Gruter, *Inscript.*, p. 512.
Cicer., *pro Balbo*. Tacite, XII Ann., 43.
(5) L. 3 C. Theod. *de canon frumenti*.
Burmann, c. 3, p. 30, 31.
(6) Burmann, c. 2, p. 18.
(7) Tit. Liv., 43, c. 2.
(8) Cicer., III *in Verrem*, 7.
(9) Cicer., 1 Agrar. contra Rull. 3.
2 Agrar, 21.
Burmann, c. 8.
(10) L. 3, § 6, D. *De jure fisci*.
(11) L. 4, c. *De vectigalib*.
(12) Cicer., III *in Verrem* en divers endroits.

Les fermiers de ces divers revenus s'appelaient publicains (*publicani*) (1). Ce nom n'avait à Rome rien de déshonorant (2); car les publicains appartenaient presque toujours à l'ordre puissant des chevaliers (3), et l'on en voyait qui parvenaient au gouvernement des provinces (4) et aux charges les plus élevées de l'état. Mais dans les pays soumis à leur exercice, ils étaient odieux aux populations (5). La haine des Juifs pour les publicains est attestée par l'Évangile (6). Les autres provinces rivalisaient à cet égard avec la Judée.

La ferme de l'impôt était une très grande entreprise: de Rome, où elle avait son siége, elle étendait ses vastes opérations aux pays les plus éloignés, en Asie, en Afrique, en Espagne, dans

---

(1) Quia *publico fruuntur*, l. 1, § 1. D. *de public.*
Publicum signifie tout ce dont l'état retirait des revenus, ou un émolument; et quelquefois il signifie *vectigal*.

(2) Pline, *Hist. nat.*, lib. 33, 8, fait des publicains le troisième corps de l'état. Cicer., *pro lege Maniliâ*, 7.

(3) Cicer., *pro Planc.* 9, 12, 13.
in Verrem, II, 71.
1, 51. Junge, *Ad Attic.*, II, 1.
Suétone, *in August.*, 24.
Tacite dit que sous Tibère les impôts s'affermaient aux chevaliers. IV Ann., 6.

(4) Par exemple Aufidius qui, après avoir été intéressé dans la ferme du revenu d'Asie, en devint gouverneur. (Valère Maxime, lib. 6, c. 9, n° 7.)

(5) Cicéron cite la Sicile comme une province où, par exception, les habitants ne détestaient pas les publicains et les négociants de Rome. « Sic porro nostros homines diligunt, ut, *his solis*, neque publicanus, « neque negotiator in odio sit. » (II *in Verrem*, n° 3.) Cicéron parle de leur avidité et de la haine des Grecs pour eux (*ad Quint. fratrem*, lib. 1, epist. 1).

(6) Voir là-dessus Tertulien *de Pudicitiâ*, c. 9; il s'occupe des publicains mentionnés dans l'Evangile.

les Gaules, etc., etc. (1). De plus, il arrivait souvent que l'on adjugeait en bloc tous les impôts d'une même province (2) ; et un seul chevalier, quelque riche qu'il fût, ne l'eût pas été assez pour se charger d'une si lourde administration. C'est pourquoi les chevaliers étaient dans l'usage de former des sociétés, afin de suppléer, par la puissance de l'association, à l'insuffisance d'une action isolée. Ces sociétés sont très célèbres dans la littérature latine et dans les écrits des jurisconsultes (3) ; elles étaient composées des plus riches capitalistes de la république ; elles com-

---

(1) Cicer., III *in Verrem*, 11.

(2) La même compagnie avait affermé en Sicile les douanes et les pâturages. Cicer., II *in Verrem*, 70.

(3) On ne saurait croire cependant combien les hommes de lettres ont commis d'erreurs sur ce sujet : Burmann en a relevé beaucoup dans son traité *de Vectigalibus*. En voici de plus récentes. Tacite dit que sous Tibère on continuait à affermer aux sociétés de chevaliers (*societatibus equitum romanorum*) le revenu public. M. E. Panckoucke (Annal., liv. 4, c. 6) transforme les sociétés en *commissions de chevaliers !!*

Valère Maxime raconte que Rupilius, qui devint consul, avait commencé par être commis des publicains en Sicile, et qu'afin de pouvoir vivre, il avait été forcé de se mettre aux gages de la compagnie. « Auctorato *sociis* officio » (lib. 6, c. 9, n°8). M. Frochot traduit : « Il s'était mis aux gages *des alliés !!* »

Un point plus douteux, c'est de savoir le sens d'un passage de Pline, dans lequel cet auteur parle du *garum*, espèce d'essence faite avec du poisson, et fort recherchée dans la cuisine des Romains (lib. 31, n° 43). Pline dit que le meilleur se faisait en Espagne et s'appelait *garum sociorum*. M. Ajasson de Grandsagne traduit : *garum des alliés*. De toutes les versions, c'est la plus mauvaise. Il y en a deux qui sont plus vraisemblables, l'une qui veut que cette essence tire son nom d'une compagnie de marchands qui en faisait le commerce ; à peu près comme nous disons : *thé de la compagnie des Indes* ; l'autre qui aime mieux que les entrepreneurs de ce négoce fussent les publicains d'Espagne, qui en tiraient à Rome un parti très avantageux. (Burmann, *de Vectigalibus*, c. 9, p. 127, 128.)

ptaient dans leur sein des hommes qui, comme Rabirius, prêtaient aux rois et aux nations des sommes énormes (1); elles engageaient, dans les affaires des provinces, le patrimoine de familles opulentes, dont le crédit, lié au crédit de l'état, rendait Rome solidaire des intérêts provinciaux (2). Les plus importantes étaient celles qui affermaient les dixmes (3). Leurs rapports directs avec les agriculteurs, rapports si irritants, si féconds en mécontentements, les faisaient en quelque sorte participer au côté le plus délicat de l'administration (4). Toutes, au surplus, avaient beaucoup d'autorité et de richesse. Les monuments contemporains signalent la compagnie de Bythinie (5), l'une des plus respectables par le caractère de ceux qui la composaient ; la compagnie de Sicile pour les douanes et les pâturages (6), dont les complaisances pour Verrès donnent lieu à plus d'un soupçon; la compagnie de Cilicie, qui prêta plus d'une fois ses messagers à Atticus pour porter à Cicéron, fatigué des ennuis de son gouvernement, les nouvelles de Rome et les consolations de son ami (7); la compa-

---

(1) Cicer., *pro Rabirio Posthumo*, c. 2.

(2) Cicer., *pro lege Manilià*, c. 6 et 7.

(3) Cicer., II *in Verrem*, 71.

(4) Sur ces rapports, Burmann, c. 9, p. 139.

(5) Cicer., *Ad familiares*, XIII, epist. 9, ad Crassipedem.

(6) Cicer., II *in Verrem*, 70.

(7) Tu autem sæpè dare tabellariis publicanorum poteris, per magistros scripturæ et portus nostrorum diocesium. (*Ad Attic.*, 5, 15.)

C'est-à-dire : « Vous pourrez faire remettre vos lettres aux messagers « des publicains par les magisters des sociétés de mon gouvernement. » Les traductions de l'abbé Mongault et de M. de Golbery ne rendent pas exactement ce texte.

gnie d'Asie, protégée par César, et dont les affaires excitèrent dans le sénat de violents orages (1); celle d'Espagne, qui avait dans son bail la célèbre mine de Sisapo, précieuse par son *minium* (cinabre minéral), et dont l'exploitation lui procurait de très gros profits (2). Elle faisait aussi un commerce fort lucratif du *garum* (3), de cette essence de poisson vantée par Martial (4) et si recherchée dans la cuisine des Romains (5)! Enfin les sociétés pour les baux des salines ne doivent pas être oubliées (6): elles occupaient de nombreuses familles d'esclaves (7) appartenant aux publicains.

Dans l'organisation de ces sociétés, chacun avait son rôle. Les uns se rendaient adjudicataires (8); ils étaient directement obligés avec la république, et répondaient auprès d'elle de tous les engagements du bail (9); d'autres intervenaient comme cautions, on les nommait *prædes* (10); d'autres enfin entraient dans l'opération comme associés participants. Tel fut Atticus qui, quoiqu'il évitât tou-

---

(1) V. plus bas.

(2) Pline, lib. 33, 7 (40), *unde prædæ societati!!*

(3) Pline, 31, 43.

(4) XIII, 102.

(5) Ausone, epist. 21.
Burmann. *de Vectigalibus*, c. 9. V. ci-dessus, p. XXIV, note 3.

(6) Celsus, l. 59, § 1. D. *de Hæred. inst.* Diocl. et Maxim., l. 3. C. *Pro socio.*

(7) Cicer., *pro lege Maniliâ*, 6. Cujas, 7. *observ.* 4.

(8) L'adjudicataire s'appelait *manceps* (Festus, l. II, c. *De vectigalib.*) L. I, C. Theod. *de mancip. Therm.*

(9) Asconius (in Divinat., c. X) dit : « Hi omnes exigenda à sociis, *suo periculo exigunt*, et reipublicæ repræsentant. » *Junge* Burmann, c. 9, p. 134.

(10) Festus.

jours de traiter en nom avec la république (1), avait cependant des parts d'intérêt dans les fermes. Créancier des habitants de Sicyone, par suite d'une liquidation, il éprouva, pour le recouvrement de ce qui lui était dû, plus d'un obstacle et plus d'un désagrément (2)

A chaque associé était attribué dans l'affaire un intérêt proportionné à sa mise ou à son industrie (3).

Quelquefois l'administration se divisait entre les associés (4), et chacun avait son département.

Mais le plus souvent la société se donnait un ou plusieurs maîtres, *magistri* (5). La compagnie de Bithynie dont je parlais tout à l'heure, avait pour *magister* P. Rupilius Menas, l'un des intimes amis de Cicéron. Celle de Sicile, qui prêta à Verrès le secours de son crédit, paraît en avoir eu trois, Vet-

---

(1) Cornelius Nepos, c. 6.

(2) Cicer., *Ad Attic.*, lib. 1, epist. 19, 20.
lib. 2, epist. 1.

(3) Aufidius, cité par Valère Maxime, en avait une petite (lib. 6, c. 9, nº 7). Rabirius Posthumus, l'un des plus riches publicains du temps de Cicéron, en avait de très grandes (Cicer., *pro Rabirio Posthumo*, c. 2). *Magnas partes habuit publicorum.* M. du Rozoir traduit : « Il prit à « ferme d'importantes branches du revenu public. » Ce n'est pas le sens. Cicéron veut dire que Rabirius eut de grosses parts d'associé dans les fermes.

(4) Paul, l. 9, § 4, D. *de public.*, dit : « Socii vectigalium, si separatim « partes administrent. » Janus a Costâ sur les Inst. *de societate*, § 5; Cujas, *Observ.*, lib. X, c. 5.

(5) On n'était pas *magister* par cela seul qu'on était adjudicataire : Cicéron fait la distinction en parlant du père de Plancius : « *Maximarum societatum* AUCTOR (adjudicataire), *plurimarum* MAGISTER. (*Pro Plancio*, c. 13). M Gueroult (éd. Panck., t. 15, p. 195) traduit AUCTOR par fondateur. On ne retrouve pas là son exactitude ordinaire. *Auctor* a ici un sens différent.

tius, Servilius et Antistius (1). Les *magistri* de toutes ces sociétés pour les dixmes, les paturâges et les douanes ; les salines, les mines, avaient leur siége à Rome (2). C'est là qu'ils imprimaient la direction aux affaires sociales. On conjecture qu'ils étaient quelquefois renouvelés tous les ans (3). Chefs de l'association, représentants du corps moral juridique (4), ils avaient le droit si grave de le lier par les contrats et les actes qu'ils passaient avec les tiers (5); ils présidaient à toute l'administration intérieure et extérieure, et à la correspondance avec les employés des provinces (6) ; ils étaient dépositaires des livres, registres, comptes (7). Ils convoquaient les associés, pour délibérer sur les affaires importantes, et prendre les mesures exigées par les circonstances (8). Cicéron compare ces assemblées à une sorte de sénat (9). Enfin les *magistri* se donnaient dans les provinces des sous-

---

(1) Cicer., III *in Verrem*, 71.

(2) Cicer., II *in Verrem*, 74.
III Id. 71.

(3) Burmann, c. 9, p. 134, d'après un passage des Verrines, II, 75.

(4) Caius, l. I, D. *quod cujusc. univ.*, dit que ces sociétés étaient un corps.

(5) « Magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat. » L. 14, D. *De pactis*.

(6) Cicer.. III *in Verrem*, 71.

(7) Cicer., III *in Verrem*. 71.

(8) Cicer., II *in Verrem*, 71.

(9) Id. — Sigonius a résumé les attributions du magister et a caractérisé les assemblées des associés de la manière suivante : « Ex his « autem socius unus fuit, qui magister societatis dictus est, qui, Romæ, « societati ità preerat ut et socios, *quasi senatum*, cogendi; et, ad eos, de « societatis negotiis referendi potestatem haberet, curamque omnem « gereret tabularum et rationum, quæ undique ab iis, qui publicanorum « societati operas dabant, Romam mitterentur. » (*De antiquo jure civ. Rom.*, lib. 2, c. 4.)

gérants appelés *promagistri* (1). La compagnie pour les douanes et pâturages d'Asie avait pour *promagister* P. Terentius, autre ami de Cicéron et l'un de ses chauds défenseurs (2).

Le *promagister* résidait dans la province sur laquelle s'étendait le bail. C'était aussi un personnage important. Les villes, qui craignaient ces redoutables spéculateurs, cherchaient à les ménager. Elles les recevaient avec honneur, quand ils venaient dans leur sein (3). Les *promagistri*, par leur naissance et par leurs fonctions, avaient des rapports assidus avec les gouverneurs des provinces (4); ils en étaient traités avec considération; car ces hauts fonctionnaires n'aimaient pas à se brouiller avec des hommes appartenant à cet ordre équestre qui pouvait être appelé à les juger à la sortie de leur charge (5). Quelquefois les *promagistri*, surveillants incommodes, dénonçaient les exactions des gouverneurs (6). P. Rutilius fut banni par une intrigue de la compagnie d'Asie (7). Quelquefois aussi, les *promagistri* connivaient avec les gouverneurs, et ce concert procurait de grands bénéfices à leur société (3). Verrès, dont

---

(1) Cicer., *Ad Attic.* XI, epist. 10. *Ad familiares*, XIII, 65.

(2) Cicer., *Ad Attic.*, XI, 10.

(3) Cicer., III *in Verrem*, 32.

(4) Voyez les liaisons de Verrès avec le *promagister* Carpinatius, III, 70.

(5) Cicer., III *in Verrem*, 41.

(6) Cicer., II *in Verrem*, 70.
De provinciis consularib., 5.

(7) Valer. Maxime 2, 10, 5.

(8) Cicer., II *in Verrem*, 70.
III, Id., 57.

l'audace n'eut pas de frein, avait organisé un système d'exploitation tellement cynique qu'il mérite d'être remarqué. Il avait accaparé la ferme de toutes les villes de la Sicile, par le moyen de prête-noms avec lesquels il s'était frauduleusement associé ; rien n'égale les extorsions obtenues sur la malheureuse Sicile par cette coupable association (1).

Dans une administration aussi vaste que celle de ces sociétés de publicains, un nombreux personnel était sans cesse en activité. Ceux-ci étaient associés, ceux-là ne l'étaient pas ; les uns étaient libres, les autres étaient esclaves (2). Les traités avec les villes (3) et les laboureurs, pour fixer d'avance la quotité de l'impôt (4) par des contrats qui prévinssent les difficultés, les opérations matérielles du recouvrement (5), la tenue des livres et des écritures (6), la correspondance de Rome avec les provinces, et des provinces avec Rome, le transport des dépêches par des messagers appartenant à la société (7), tout cela mettait en mou-

---

(1) Cicer., III *in Verrem*, 57, 58, 61, 67.

(2) Servus societatis qui tabulas confecerit. (Cicer., II *in Verrem*, 77.)

(3) Cicer., XIII *Ad familiares*, 65.

(4) Cicer., *Ad Quint. fratrem*, I, epist. 1.
Ad Atticum, lib. 5, epist. 14, 15, et lib. 6, epist. 1.

(5) Les publicains disposaient de moyens de contrainte (Cicer., *De Provinc. consul.*, 5.)

(6) Ea ratio decumarum sine plurimis libris confici non potest. (Cicer., III *in Verrem*, 47.)

(7) Cicer., *Ad Attic.* lib. 5, epist. 15, 18, 21.
Burmann, c. 9, p. 136. On les appelait *tabellarii*.

vement un nombre infini d'employés (1), de scribes, commis, appariteurs (2), courriers, etc., etc., et formait une forte et imposante hiérarchie.

Pour rendre plus solide la constitution de ces sociétés, la jurisprudence décidait qu'elles n'étaient pas dissoutes par la mort de l'un des associés (3); on a même lieu de croire que la solidarité entre associés y était admise. Toutefois, ce point est contesté par quelques interprètes, et particulièrement par Mathæus dans son traité *de Auctionibus* (4). Enfin, ces sociétés avaient un tel relief qu'on les mettait au rang des corps publics, des colléges autorisés par l'état (5). Voilà pourquoi les docteurs les ont appelées *societates collegiatæ* (6).

Les sociétés de publicains jouissaient d'un crédit politique égal à leur crédit financier. Du temps de Cicéron, c'est-à-dire à cette époque où l'ordre équestre avait acquis tant d'influence et d'autorité (7), on ne pouvait prétendre à jouer un rôle

---

(1) Valère Maxime, lib. 6, c. 9, n° 8.
Cicer., *Ad famil.*, VIII, 9.
in Verrem, III, 41.
II, 70.

(2) Cicer., *in Verrem*, III, 25, 26.

(3) Pomponius, l. 59, D. *Pro socio.*

(4) Lib. 2, c. 6, n° 4, et c. 8, n° 5. Il cherche à réfuter l'argument qu'on tire de la loi 9, § *socii*, D. *De public.*, et de l'usage immémorial des nations modernes.

Il argumente des lois 6 D. *De publicanis*, et 46, § ult., D. *De jure fisci.*

(5) Caius, l. 1, D. *Quod cujus. universit.*

(6) Balde, sur la loi 1 C. *Pro socio.*

(7) Pline (*Hist. nat.*, 33, 2, 8) dit que ce fut surtout Cicéron qui consolida la grandeur de cet ordre, ébauchée par les Gracques, lorsque

dans l'état qu'avec le concours des publicains (1); ils étaient un appui nécessaire dans les élections (2) et surtout dans les jugements, où ils figuraient partie comme juges (3), partie comme patrons et solliciteurs. Voyez, par exemple, combien Cicéron est attentif à tirer parti de l'assistance de la société des publicains, pour Plancius, son client, accusé de brigue (4)!! voyez combien il se glorifie lui-même des démarches que ces sociétés avaient faites pour son propre salut, dans le temps de ses malheurs (5)!! Voyez comme toujours il les ménage et les caresse : « Ne faites rien, écrit-il à Lentulus, qui puisse « blesser les intérêts ou la volonté de cet ordre; « sachez vous le concilier et vous le rendre favo- « rable (6). » — « Je suis au mieux avec les fer- « miers de la république, dit-il dans une lettre à « Atticus. *Publicanis in oculis sumus* (7). » Et à

---

ceux-ci, par une révolution démocratique, enlevèrent les jugements au sénat et les firent passer aux chevaliers.

Cicéron a fait du reste en cent endroits de ses ouvrages l'éloge des publicains et des chevaliers. (*Pro lege Manilia*, n° 7. *Ad. Quint. fratrem*, lib. 1, epist. 1. *Pro Plancio*, n° 9, etc. etc.)

(1) Qui ordo (publicanorum) *quanto adjumento sit in honore*, quis nescit? *Flos enim equitum romanorum*, ornamentum civitatis, firmamentum reipublicæ publicanorum ordine continentur. (Cicer., *Pro Plancio*, n° 9.)

(3) Cicer, *Pro Murena*, c. 33, *Pro Plancio*, n° 9.

(2) Cicer., *Pro Murena*, c. 33.

(4) *Pro Plancio*, n°s 9 et 12. Le père de Plancius avait été adjudicataire des fermes et maître de plusieurs sociétés (9 et 13). Ses anciens amis déployèrent beaucoup de zèle pour la cause de son fils. *Studio sociorum* (n° 12).

(5) *Pro Sexto*, 14. « Nulla Romæ *societas vectigalium*, quæ non « honorificentissime decrevisset de meo salute. »

(6) *Ad familiares*, lib. 1, epist. 9.

(7) Lib. 6, epist. 2.

Silius, propréteur : « J'ai les plus grandes liaisons « avec la société des publicains ; non-seulement « elle est sous ma protection, mais la plupart des « associés sont mes plus intimes amis (1). » Aussi, dans une circonstance où la compagnie d'Asie demandait d'être déchargée d'un bail onéreux, Cicéron aurait-il voulu que la république fît un sacrifice plutôt que de s'aliéner un ordre, dont l'union avec le sénat lui paraissait indispensable pour balancer la prépondérance de l'élément démocratique (2). C'était aussi l'avis de César, non par adhésion à cette politique de pondération qui fut si fatale au grand orateur, mais par haine pour le sénat, mais par faveur pour l'ordre équestre envié par l'ordre sénatorial, mais par le calcul intéressé d'un chef de parti. Réciproquement, le sénat était mal disposé pour la demande de la compagnie, et l'un des principaux chefs du parti aristocratique, l'inflexible Caton, n'était pas homme à se prêter à des ménagements. Le contrat passé par la compagnie était formel : il constituait un engagement sur lequel les lois de l'état ne permettaient pas de réduction (3). Caton fit valoir avec véhémence ce qu'il avait de sacré ; il défendit les droits du trésor qu'on voulait frustrer. Il l'emporta, après une longue discussion, devant le sénat, entraîné vers la rigueur du droit par ses préventions naturelles

(1) *Ad familiares*, lib. 13, *epist.* 65.
(2) *Ad Atticum*, lib. 1, *epist.* 17.
lib. 2, *epist.* 1.
(3) Cicer., III *in Verrem*, 25.

contre les chevaliers (1). Mais César était consul, et César était déjà au-dessus des lois. Il osa faire arrêter Caton en pleine assemblée par les licteurs (2), et il accorda à la compagnie d'Asie la remise du tiers de son fermage (3).

Telles furent ces sociétés de publicains, dont on se disputait l'amitié par des coups d'état. Il est difficile de trouver ailleurs un esprit d'association plus vital et plus largement organisé; c'est par elles que les chevaliers furent, non pas seulement un ordre politique, mais encore une vaste compagnie de finances, qui retenait dans son sein jaloux le maniement de l'impôt, était dépositaire exclusive du crédit de l'état, et servait de canal au principal élément de la richesse publique (4).

Sous les empereurs, ces sociétés perdirent leur plus beau fleuron (5). Les changements survenus dans le système des impôts leur enlevèrent la ferme de la dixme (6).

D'une part, les dixmes se convertirent peu à peu en une redevance fixe en argent; de l'autre, la perception de l'impôt fut confiée à des magistrats du choix de l'empereur, et à une administration spéciale (7). L'ordre équestre cessa dès lors

(1) Cicer. *Ad Attic.* II, 1.
Valer. Maxim., 2, X, 7.

(2) Valer. Maxim., *loc. cit.*

(3) Suetone, *J. Cæsar*, n° 20

(4) Cicer. *Pro lege Manilia*, 7.

(5) Elles l'avaient cependant encore sous Tibère (Tacit. IV, *Annal.* 6); mais les textes ne sont pas aussi clairs pour le règne de Néron (Tacit. XIII, *Annal.* 60).

(6) Burmann, C. 9.

(7) Burmann, C. 9.

d'être une puissance redoutable pour le chef de l'état, et, du temps de Pline, il n'était plus qu'un rendez-vous de vils esclaves affranchis de la veille (1). C'est ainsi que le niveau impérial faisait disparaître toutes les influences au profit de l'unité de pouvoir. Toutefois, les sociétés de publicains conservèrent jusqu'au dernier moment la ferme des douanes (2), des mines et des salines (3).

J'en ai dit assez pour montrer les applications du contrat de société dans la civilisation romaine.

Je passe au moyen âge français et ensuite aux temps modernes.

Dès le moment où l'histoire parvient à jeter quelque lumière sur les profondeurs de cette civilisation féodale où les classes inférieures vivaient dans le servage de la glèbe, on aperçoit les familles agricoles de mainmorte organisées en sociétés tacites héréditaires. L'association de tous les membres de la famille sous un même toit, sur un même domaine, dans le but de mettre en commun leur travail et leurs profits, est le fait général, caractéristique, qu'on trouve depuis le midi de la France jusqu'aux extrémités opposées. C'est dans la vie commune, c'est dans l'union de leurs bras et de leur économie que les agriculteurs appartenant à la même famille vont puiser les premiers

---

(1) Lib. 33. 2 (8).

(2) Constantinus, l. 2, C. Theod. *De veteranis.* Godefroy, en commentant cette loi, dit : « 7° A *Publicanis* veteranos inquietari Constantinus M. vetat, id est *portorium* ab suis exigi, etc. »

Arcadius et Honor., lib. III, C. Theod., *De indulgentia debitorum.*

(3) Lib. XI, C. *De vectig.*

Lib. 3, C. Justin. *Pro socio.*

éléments d'une existence civile indépendante. Tous, vieux ou enfants, hommes ou femmes, mariés ou célibataires, restent de père en fils dans ces sociétés patriarcales, et ont part au pain, au sel (1) et à la caisse commune: ceux-ci pour les services qu'ils ont rendus; ceux-là pour les services qu'ils rendront un jour; les autres pour les services qu'ils rendent actuellement à la communauté. Le pain est l'emblème de ces sociétés rustiques (2); voilà pourquoi les membres en sont appelés *compani*, c'est-à-dire *mangeant leur pain ensemblement*, ainsi que l'enseigne Pasquier (3); et leur réunion porte souvent le nom de *compagnie* dans les textes des coutumes (4). Aussi, quand ils conçoivent le triste dessein de se séparer, le plus vieux d'entre eux, conformément à la formule de dissolution consacrée, prend un couteau et partage le grand pain en divers chanteaux (5).

Le régime de ces associations était énergique; elles formaient un corps moral comme les puissantes sociétés de publicains que je dépeignais il n'y a qu'un instant; le temps, la mort ne les dissolvaient pas. Elles se continuaient de générations en générations, sous la protection du seigneur

---

(1) Joinville, p. 65.
Loisel, liv. I, t. I, n° 76.
(2) Basmaison, *sur Auvergne*, t. 27.
(3) Rech., liv. 8, ch. 24. T. 1, p. 804.
Infra, n° 196.
(4) Poitou; et *infra*, n° 196.
Acte de notoriété des Bourgeois de Paris. (Chopin, *De morib. Parisior.*, lib. 2, c. 1, n° 31.)
(5) Infra, *loc. cit.*

intéressé à leur conservation. Elles avaient aussi, comme les sociétés de publicains, un chef élu, un maître : le chef du chanteau. Ce chef obligeait tous les membres de l'association par ses actes d'administration, d'achat, de vente de bestiaux, d'emprunts nécessaires, d'acceptation ou passation de baux, et autres de même nature. C'était une sorte de monarchie tempérée; car, dans les cas importants, le maître ne manquait jamais de prendre l'avis de ses associés (1). Il contractait, sous une véritable raison sociale : *un tel et ses comparsonniers* ou *personniers* (2).

Ces sociétés étaient universelles de gains. Chacun conférait son revenu, son travail, son industrie ; et tous les profits du labeur commun formaient une masse appartenant à l'association (3). Mais les associés ne confondaient pas la propriété des biens qui leur arrivaient à titre lucratif (4), et chacun était tenu de supporter sur sa part indivise certaines charges propres et personnelles, comme de doter les filles (4).

Quelle peut être l'origine de ces associations, qui, je le répète, couvraient le sol de la France féodale, et procuraient aux gens de mainmorte cette sorte de force que donne l'esprit de famille, cette sorte d'allégement et de bien-être qui est la conséquence du travail commun ?

---

(1) Coquille, *sur Nivernais*, ch. 28, art. 3.

(2) Lebrun, *Sociétés tacites*, ch. 4, n° 4.

(3) Dunod, *Traité de la Mainmorte*, ch. 3, sect., 1 p. 77.
Lebrun, *loc. cit.*, ch. 3.

(4) Dunod, *loc. cit.*
Lebrun, ch. 4, n° 16.

J'en trouve deux causes, l'une civile, l'autre politique et économique; celle-là dans l'intérêt des agriculteurs, celle-ci dans l'intérêt des seigneurs.

Au berceau de la féodalité, la grande masse de la population était esclave (1); alluvion immense, formée de toutes les classes déchues, où se trouvent, sous des couches violemment superposées, le Franc et le Gallo-Romain, le vainqueur et le vaincu, l'homme libre tombé en pauvreté (2), et le serf d'origine. Ce n'était pas cependant l'esclavage de l'antiquité et son inexorable logique, qui traitait l'homme comme une chose dans le commerce, comme un vil animal. Une transformation s'était opérée (3); l'esclave était devenu serf, et le droit féodal, humanisé par le christianisme, lui accordait le mariage, la paternité légitime, la famille, et certaines attributions du droit de propriété (4). Mais quand arrivait la mort du serf, le droit féodal lui appliquait à la lettre cette triste maxime : *Mors omnia solvit.* Il ne lui reconnaissait pas le droit de transmettre sa succession dans un moment où tout était fini pour lui. Le seigneur, source de toute propriété, reprenait, par une sorte de droit de réversion (5), la chose de son serf, et tout ce que cet infortuné avait retiré de la *manu-*

---

(1) Mon Comm. *du Louage*, Préface.

(2) Beaumanoir, p. 254.

(3) Grotius (*De jure pacis et belli*), lib. 2, c. 5, n° 30. Hervé, *Mat. féod.*, t. I, p. 159.

(4) Coquille, *Inst. au Droit français*, titre *des servitudes personnelles.*

(5) Voy. mon article sur l'*Origine du droit d'Enregistrement*, p. 11, et *Revue de législat.*, t. 10, p. 147 et 277.

facture de ses bras et mains (1). Le serf n'avait aucune capacité active ni passive pour tester et pour succéder. Je sais que plus tard des adoucissements furent apportés à cette incapacité. La sévérité féodale se laissa fléchir : elle créa des distinctions entre les serfs (2); à côté des serfs inhabiles à tester et à succéder, l'équité coutumière, qui, sous l'influence des légistes, porta de si rudes atteintes à la règle *nulle terre sans seigneur*, et fit faire de si grands progrès à la liberté, obtint le droit de tester et de succéder pour certains serfs (3). Mais quand ces concessions furent ratifiées, le droit féodal avait singulièrement perdu de sa primitive énergie ; l'affranchissement tendait de plus en plus à devenir la condition commune; au lieu que, lorsque le principe féodal régnait dans toute sa puissance, le servage était la loi de la population agricole, et l'incapacité de tester et de succéder atteignait les serfs d'une manière à peu près générale (4); ce n'était pas pour eux qu'avaient été reçues dans les fiefs ces deux grandes facultés, la

(1) Expression de Pasquier. (*Rech.*, liv. 4, ch 5.)

(2) Pasquier les a analysées (*Rech.*, liv. 4, ch. 5) en prenant trop exclusivement son point de vue dans la Cout. de Troyes.

(3) Pasquier, *loc. cit.*

Brussel, liv. 3, ch. 15, t. 2, p. 904.

Cout. de Champagne, art. 3, 4, 5, 6,

Il y avait : 1° les serfs taillables;

2° les serfs de for-mariage;

Ils pouvaient tester au profit de gens de pareille condition qu'eux demeurant dans la seigneurie;

3° les serfs mainmortables;

4° les serfs de poursuite.

Ceux-ci ne pouvaient tester au delà de 5 sols.

(4) Hervé, *Matières féod.*, t. I, p. 160, 161.

succession et la faction du testament, que l'esprit aristocratique considérait, non comme des dépendances du droit naturel, mais comme des priviléges du droit civil.

Une seule chose pouvait venir au secours des serfs : c'était l'association. Quand la famille était unie par la vie et le travail commun, par la communication de tous les revenus, gains et acquêts, elle se présentait avec les caractères d'un corps moral, survivant à la mort des individus, et possédant son patrimoine, abstraction faite de ses membres. La jouissance était censée solidaire entre tous, de telle sorte que la part du défunt venait se joindre à celle des survivants par une sorte d'accroissement (1). Dans ce cas donc, le seigneur n'avait rien à prétendre sur la masse commune, qui continuait à former entre les mains des survivants un patrimoine indivis, et peu lui importait dès lors que le défunt eût disposé de sa part au profit d'un de ses communistes, pourvu que le même régime d'association continuât à faire subsister l'union des parties. De là ce grand principe du droit coutumier, « *serfs ou mainmor-*

---

(1) Delaurière sur Loisel, liv. I, t I, n° 74. La Coutume de Loudunois, t, 27, art 7, donne un argument favorable à ce système d'un droit d'accroissement.

Voyez aussi le même, dans son Glossaire, v° *Partage divisé*. Les jurisconsultes vinrent ensuite fortifier cette idée par l'allégation des lois romaines, l. 20, C. *De episcopis*, l. I, et suiv. C. *De hæredib. Decur. navicul.;* lib. I, C. *Si liberalit. imperial. socius*, etc., qui décident que dans les corporations, chaque membre a le droit de mutuelle succession, à l'exclusion du fisc, et que quand le prince a donné quelque chose à plusieurs, et que l'un d'eux vient à mourir sans héritiers, le survivant succède à l'exclusion du fisc.

« *tables* ne peuvent tester, et ne succèdent les uns « aux autres, sinon tant qu'ils sont demeurant en « commun » (1). L'association mitigeait donc la dureté de la mainmorte; elle la faisait participer aux plus précieux des droits civils (2).

L'autre raison, c'est-à-dire la raison économique et politique, était celle-ci.

Les *latifundia* divisés par la conquête et par les bénéfices transformés en fiefs, divisés encore par les innombrables munificences aux établissements religieux, avaient subi une autre espèce de subdivision. La classe servile avait été intéressée à la culture par des concessions foncières ; les serfs avaient reçu des terrains à défricher, à planter, à cultiver ; ils avaient là un manoir pour leur famille (3), un travail fructueux, quoique pénible, une existence assurée contre l'avenir par la participation au domaine utile de la chose. S'ils étaient attachés à la glèbe par la servitude, la glèbe leur était attachée par un important démembrement de la propriété. En retour, ils devaient à leur seigneur, source de ces concessions, des prestations de nature diverse, les unes personnelles, les

---

(1) Loisel, liv. I, t. I, n° 74. Cette règle est tirée des Cout. de La Marche, art. 154 ; Bourgogne, comté, ch. 9, art. 13 ; Nivernais, T. *Des servitudes*, art. 32 ; Bourbonnais, art. 207 ; Auvergne, ch. 27 ; Vitry, art. 141 ; Troyes, art. 59 ; Chaumont en Bassigny, art. 3 et 78, etc.

(2) Delaurière, *loc. cit.*

Hervé, *Mat. féod.*, t. I, p. 161.

Dunod, *Des Mainmortes*, p. 76, dit : La communion est donc de grand poids en mainmorte ; c'est le fondement des successions entre les mainmortables ; elle les fait préférer au seigneur même.

(3) V. mon Comm. *Du louage*, à la Préface, p. XXIII.

autres affectées sur le sol. Mieux les terres étaient cultivées, et plus l'aisance régnait dans la seigneurie; et le seigneur trouvait dans le bien-être de ses vassaux l'assurance que les richesses de son fisc ne seraient pas compromises. Or, l'industrie agricole, sur laquelle reposait presque tout le système financier de la féodalité, demande un grand nombre de bras, et les seigneurs pensèrent que l'agriculture serait bien plus florissante, si la vie commune et l'association héréditaire des serfs immobilisaient sur leurs domaines ces races inépuisables de travailleurs (1). D'ailleurs, c'était un moyen d'éviter la confusion des redevances, opérée par le fractionnement des tenements en pièces et lopins (2). Ils exigèrent donc à leur tour que leurs gens de mainmorte vécussent dans l'état de société agricole, et ce n'est qu'à cette condition qu'ils firent le sacrifice de leur droit de réversion.

Çe second point de vue a été exposé par Coquille d'une manière si ingénieuse et si pittoresque que l'on me saura gré de citer ses paroles (3).

« Selon l'ancien établissement du ménage des « champs, en ce pays du Nivernois, lequel *menage* « *des champs est le vrai siége et origine de bour-* « *delages* (4) , plusieurs personnes doivent être

(1) Dunod, *loc. cit.*, p. 82.

Coquille, *Quest.*

Et sur l'art. 7 de la cout., titre *des Servitudes*, et sur l'art. 18 du T. *Des bourdelages*

(2) Coqùille, *loc. cit.* de la Coutume.

(3) Questions sur les Cout..

(4) Voy. Nivernais, ch. 6, *Des bourdelages*. Or Coquille revient sur ces idées.

« assemblées en une famille pour démener le « menage, qui est fort laborieux et consiste en « plusieurs fonctions en ce pays, qui, de soi, est « de culture malaisée; les uns servant pour la- « bourer et pour toucher les bœufs, animaux tar- « difs; et communément faut que les charrues « soient traînées de six bœufs; les autres pour « mener les vaches et les juments aux champs; les « autres pour mener les brebis et les moutons; les « autres pour conduire les porcs. Ces famillles, « ainsi composées de plusieurs personnes, qui « toutes sont employées chacune selon son âge, « sexe et moyens, sont régies par un seul, qui « se nomme *maître de communauté*, ÉLU à cette « charge par les autres, lequel commande à tous « les autres, va aux affaires qui se présentent ès- « villes ou ès-foires et ailleurs, a pouvoir d'obliger « ses parsonniers en *choses mobilières* qui con- « cernent le fait de la communauté; et lui seul est « nommé ès-rôles des tailles et subsides.

« Par ces arguments se peut connaître que ces « communautés sont vraies familles et colléges, « qui, par *considération de l'intellect, sont comme* « *un corps composé de plusieurs membres;* com- « bien que ces membres soient séparés l'un de « l'autre. Mais, *par fraternité, amitié et* LIAISON « ÉCONOMIQUE (1), *font un seul corps.*

« En ces communautés on fait compte des en- « fants qui ne savent encore rien faire, par l'espé- « rance qu'on a qu'à l'avenir ils feront; on fait

(1) Très-heureuse expression.

« compte de ceux qui sont en vigueur d'âge, pour « ce qu'ils font; on fait compte des vieux, *et pour « le conseil, et pour la souvenance qu'on a qu'ils ont « bien fait;* et ainsi, de tous âges et de toutes « façons, ils s'entretiennent comme un corps po- « litique, qui, par subrogation, doit durer tou- « jours.

« Or, parce que la vraie et certaine ruine de ces « maisons de village est quand elles se partagent « et se séparent, *par les anciennes lois de ce pays, « tant ès-menages et familles de gens serfs, qu'ès- « menages dont les héritages sont tenus en bourde- « lages*, A ÉTÉ CONSTITUÉ POUR LES RETENIR EN « COMMUNAUTÉ, que ceux qui ne seraient en la « communauté ne succéderaient aux autres, et on « ne leur succéderait pas. »

Ainsi donc, en résumant tout ceci, l'utilité de l'association était réciproque. D'une part, elle garantissait les mainmortables contre la réversion au seigneur des tenements serfs; de l'autre elle garantissait le seigneur contre les désertions, les non-valeurs, les cisaillements.

Lorsque la pesanteur de la main-morte se fut allégée, et que les idées d'équité et d'humanité eurent pénétré plus avant dans le droit féodal, quelques coutumes firent une exception en faveur des enfants, et la communauté ne fut exigée qu'entre collatéraux (1); d'autres relâchèrent les conditions de l'association et comptèrent comme

---

(1) Auvergne, t. 27.
Masuer, *Des successions*, t. 33, nº 20.

présent et commun l'enfant absent pour cause d'étude ou de service, la fille mariée dans une autre servitude, etc., etc. (1) Les jurisconsultes eurent égard à la contrainte de vivre dans une même maison, avec des personnes de tout âge, de tout sexe, d'humeurs différentes, les unes laborieuses et industrieuses, d'autres fainéantes et sans aptitude; celles-ci entrées comme gendres ou brus et vues d'un mauvais œil, celles-là faibles, valétudinaires, âgées, et enviées par leurs consorts, pour leur repos forcé (2). Les jurisconsultes pesèrent ces inconvénients; ils cherchèrent à les compenser en adoptant les interprétations les plus favorables aux mainmortables, en admettant des communions fictives (3), des équipollents, etc., etc. Mais tout cela était invention de légistes et altération du droit primitif. En principe, l'enfant séparé de la famille n'était pas plus privilégié que les collatéraux (4); il était exclu par le seigneur. En principe, toute la famille devait vivre au même feu, au même sel, au même pain; et si le feu, le sel et le pain étaient divisés, si la communauté du boire et du manger n'existait plus, la terre faisait retour au seigneur; ce dernier succédait seul, au *préjudice même de la ligne directe*; de là ce proverbe juridique :

(1) Delaurière, *sur Loisel*, liv. I, t. I, n° 76.
Dunod, ch, 3, sect. 2.

(2) Dunod, p. 124.

(3) *Idem*.

(4) Coquille, *Inst. au Droit français*, tit. *Des servitudes*, et sur Nivernais, art. 14 *Des servit.*

« Le feu, le sel et le pain
« Partent l'homme morte-main (1). »

Enfin, dans la rigueur originaire, la séparation d'un seul des serfs opérait la dissolution de toute la communauté ; la succession réciproque était abolie ; le bien des décédés appartenait au seigneur par droit de mainmorte. De là cet autre proverbe : « Un parti, tout est parti, et le chan- « teau part le vilain (2). »

Lorsqu'au XVIIIe siècle la volonté libérale de Louis XVI supprima les dernières traces de mainmorte conservées dans quelques coutumes, les sociétés, dans lesquelles les familles serviles continuaient à vivre, avaient donné à cette classe d'agriculteurs un bien-être incontesté. « Le travail « de plusieurs personnes réunies, disait Dunod, « profite bien plus que si tout était séparé entre « elles. Aussi l'expérience nous apprend, dans le « comté de Bourgogne, que les paysans des lieux « mainmortables sont bien plus commodes que « ceux qui habitent la franchise, et que plus leurs « familles sont nombreuses, plus elles s'enrichis- « sent » (3).

Mais revenons dans le moyen âge. Nous y sommes rappelés par d'autres espèces d'associations.

---

(1) Loisel, liv. I, t. I, n° 76.
Delaurière, glossaire, v° *Partage divisé*.

(2) Loisel, liv. I. t. I, n° 78 ; Nivernais, *Des servit.*, ch. 8, art. 9 ; La Marche, art. 3.
Coquille trouvait cet article sévère et estimait que la division d'un seul ne pouvait préjudicier qu'à ceux d'une même branche, et en pareil degré ; et non à tous les personniers.

(3) *De la mainmorte*, p. 11, ch. 1.

A côté des sociétés de serfs, l'histoire des temps féodaux nous signale dans toute la France des sociétés d'hommes libres, formées tacitement dans un but économique, et appliquant leur travail au développement de l'agriculture, du négoce ou au progrès de leur aisance commune. « Le lundy, de« vant saint Barnabé l'apôtre, de l'an de grâce « 1293, fut lue, au parloer des bourgeois de Paris, « une cédule en la manière que s'ensuit... et mort « le père et la mère, tous lesdits biens reviennent « aux enfants et sont communs entre eux, *et lors « se fet compaignie entre eux*, jusques à tant qu'ils « facent division de tous leurs biens entr'eux » (1).

Mais c'est surtout dans les villages et dans les campagnes que ces sociétés taisibles ou tacites étaient fréquentes. La géographie coutumière en conserve la trace dans les provinces les plus opposées d'usages et de mœurs; elles règnent dans les pays de droit écrit comme dans les pays de coutume; dans ceux où les habitudes imposent la dot au mariage, comme dans ceux où domine la communauté conjugale (2). Dans le ressort du parlement de Toulouse, dans la Saintonge, l'Angoumois, la Bretagne, l'Anjou, le Poitou, la Touraine, la Marche, le Berry, le Nivernais, le Bourbonnais, les deux Bourgognes, l'Orléanais, le pays Chartrain, la Normandie, la Champagne, le Bassigny, etc., etc., les populations affectionnaient ce genre d'association, et les statuts locaux le favori-

(1) Chopin, *De morib. Parisior.*, lib. 2, c. 1, n° 31.
(2) Maynard, liv. 2, ch. 71.

saient. Lorsque des parents (ordinairement des frères, quelquefois même des personnes étrangères) avaient vécu ensemble pendant l'an et jour dans la même demeure et à deniers communs, confondant leurs biens, leur travail et leurs gains, ils étaient censés avoir voulu former une société universelle (1) qui comprenait leurs meubles, leurs acquêts et tous leurs bénéfices. Ce n'était pas là un état de simple communauté passive. L'esprit de négoce et de lucre présidait à ces rapports (2). Voilà pourquoi on ne les présumait pas à l'égard des personnes engagées dans le sacerdoce, qui, disent les jurisconsultes, sont bien *au-dessus du trafic et du négoce, et doivent préférer la pureté de leur ministère à la fange du commerce* (3). Voilà pourquoi on ne les admettait pas non plus entre nobles, « ces personnes (je copie Lebrun) ne s'attachant « pas au commerce qui fait valoir ordinairement « ces sortes de sociétés » (4). Il existe cependant une coutume qui les recevait entre nobles; mais c'était celle de Champagne (5), où le ventre anoblissait et où la noblesse se recrutait au comptoir et trafiquait aux foires (6).

Si je voulais expliquer la cause de cet esprit général d'association dans la classe laborieuse des

---

(1) *Infra*, sur l'art. 1836.
Lebrun, *Des communautés taisibles*, ch. 2.

(2) Lebrun, *loc. cit.* n° 2, d'après Bartole. Au ch. 1, n° 4, il les appelle *sociétés tacites de commerce.*

(3) Lebrun, ch. 1, n° 4.

(4) Ch. 1, n° 3.

(5) Voyez art. 101.

(6) M. Michelet, t. 2, p. 96 et 97 de son *Histoire de France.*

roturiers, il me serait difficile d'en assigner une aussi précise que celle qui domine dans les sociétés de serfs. Au premier coup d'œil, on serait tenté de croire que, la servitude ayant été l'état presque général des classes inférieures dans les villes et les campagnes, les classes affranchies, aux XIIe, XIIIe et XIVe siècles, ont dû conserver, dans l'état de liberté, des habitudes d'association auxquelles elles étaient redevables de leur aisance (1). Mais, quoique n'étant pas sans valeur, cette raison est à elle seule insuffisante ; car les sociétés taisibles libres se rencontrent nombreuses et usuelles, dans des pays où, comme en Italie, les sociétés serviles étaient peu ou point connues. Il y a donc d'autres causes qu'il faut étudier.

La plus vraisemblable est dans l'esprit de famille et dans l'esprit d'association, qui jouent dans le moyen âge un si grand rôle. L'esprit de famille y est frappant par son énergie ; les Germains l'apportent avec eux, et le trouvent vivant dans les Gaules. Cet esprit se consolide dans l'organisation féodale. Le seigneur, retiré dans son manoir solitaire, isolé derrière ses tourelles, trouve dans la famille qui l'environne le repos à ses fatigues guerrières ; la famille est le correctif de l'isolement féodal. Toutes les lois tendaient à maintenir la famille unie et compacte, à lui conserver le patrimoine qui fait sa force, à lui transmettre de génération en génération le même foyer, les mêmes biens, les

---

(1) Lebrun, ch. 1, n° 2, disait : « *C'est* dans ces sociétés taisibles que les *mainmortables s'enrichissent.* »

mêmes sentiments, les mêmes affections. Ni les distractions arrivées du dehors, ni l'importation des idées étrangères, ni la facilité des communications et des voyages, ne viennent rompre habituellement cette monotonie de traditions. La famille, localisée dans un étroit horizon, est sans cesse en présence d'elle-même ; et c'est surtout en elle-même qu'elle trouve sa sauvegarde et ses principales jouissances. Que si des intérêts extraordinaires, plus tumultueux et plus excentriques, s'élancent hors de cette enceinte bornée, c'est toujours par l'association qu'ils cherchent à se donner satisfaction. Le besoin d'émancipation donne naissance aux communes et aux bourgeoisies; le besoin de l'indépendance politique, aux associations du baronnage contre la royauté et le clergé (1) ; le besoin de sécurité dans les moyens de travail, aux corporations marchandes et ouvrières (2) ; le sentiment religieux, aux ordres monastiques et aux congrégations. En un mot, l'esprit humain procédait alors par voie d'association. On s'associait pour tout, pour les grandes choses et pour les petites, pour résister aux brigands qui désolaient les campagnes (3), et pour se livrer à ses plaisirs. Est-il donc étonnant, dès lors, que cette forme si générale de la civilisation contemporaine se soit fait jour à sa manière dans la gestion économique des intérêts de la famille?

---

(1) V. pour exemple M. de Sismondi, t. 7, p. 362, 363, 367.

(2) *Id.*, t. 8, p. 113, 114.

(3) La société des Capuchons, sous Philippe-Auguste (Sism., t. 6, p. 34).

N'est-il pas naturel que l'esprit de famille et l'esprit d'association se soient donné la main pour conserver et accroître le patrimoine commun, et que les faibles aient voulu se rendre forts, se rendre riches par l'union? Aussi, un ancien historien a-t-il fait la remarque suivante : « Mos in omnibus « ferè Galliæ provinciis obtinuit, ut seniori fratri « ejusque liberis paternæ hæreditatis cedat aucto- « ritas, cæterisque ad illum tanquam ad dominum « respicientibus » (1). Comme l'on considérait les partages d'un œil défavorable, comme l'opinion universelle voyait en eux un principe d'affaiblissement, les frères restaient dans l'indivision, et le chef de la société, appelé maître, et investi d'un grand pouvoir d'administration, était ordinairement l'aîné. On voyait ces sociétés continuer pendant des siècles, surtout entre les métayers perpétuels, et se maintenir par les enfants, les gendres, les brus, tous vivant ensemble dans les mêmes habitations, et sans division. Lorsque les associés voulaient rompre leur société, c'était une véritable crise toujours accompagnée de différends et de graves désordres (2). Elle était redoutée comme une calamité.

Il est certain que ces sociétés contribuèrent au développement de l'aisance dans la classe bourgeoise des villes et des campagnes, rendirent l'agriculture plus florissante, et ne furent pas sans in-

---

(1) Otho Frisingensis (*Gesta Frederici imperat.*). Papon, liv. 15, n° 28.

(2) Vigier, sur l'art. 41 de la Cout. d'Augoumois.

fluence sur l'agrandissement du tiers-état (1).

Mais au XVI[e] siècle, lorsque la civilisation féodale eut perdu son originalité, lorsque l'esprit individuel se fut posé avec hardiesse en face des institutions, et que l'homme eut été initié au sentiment de sa force et de sa liberté personnelles, les sociétés taisibles furent moins en harmonie avec les besoins économiques de la famille, avec les nouvelles habitudes de ses membres, avec le mouvement imprimé au commerce, aux mœurs, aux lois de la nation (2). On se préoccupa beaucoup plus des discordes de la vie commune, que de l'énergie qu'elle donne à la famille ; on craignit pour les créanciers qu'elle pouvait frustrer (3) ; on leur reprocha de reposer sur les bases fugitives d'un consentement non écrit. Bref, elles furent proscrites ou abandonnées dans un grand nombre de coutumes, et l'ordonnance de Moulins sur la preuve écrite des obligations, hâta leur ruine (4). D'Argentré essaya de les défendre en Bretagne (5), mais ses tentatives restèrent sans effet (6). Il n'en fut plus question à Paris ; Orléans les condamna expressément (7).

Toutefois, plusieurs provinces, plus attachées à leurs anciens usages, les conservèrent religieusement. Coquille, commentateur de la coutume de

---

(1) *Infra*, n° 196.
(2) *Infra*, n° 258.
(3) *Infra*, n° 197.
(4) *Id.*
(5) *Avis et consult. sur le partage des nobles*, q. 45, n° 6.
(6) C'est ce que dit Duparc Poullain, t. 5, p. 337.
(7) Art. 213.

Nivernais, et Vigier, commentateur de la coutume d'Angoumois, ont fait des tableaux séduisants de la prospérité des familles soumises à ce régime primitif; ces tableaux ne sont pas flattés; car, malgré le niveau que la révolution a passé sur notre France, malgré l'abolition générale et absolue des sociétés tacites prononcée par le Code civil, M. Dupin aîné a trouvé dans un coin du Nivernais une de ces heureuses communautés, survivant aux menaces de la législation, aux transformations des mœurs, à l'inquiète indépendance de l'esprit individuel. Il a vu ce régime vigoureux fonctionnant encore aujourd'hui dans les mêmes conditions que du temps de Coquille, et procurant aux membres de l'association le même bien-être, les mêmes satisfactions matérielles et morales (1). Ces débris respectables de vieilles institutions résisteront-ils longtemps encore aux principes de dissolution que le droit commun a placés à côté d'elles? Cette vie commune se prolongera-t-elle comme une source d'émulation, de bons exemples, de bon gouvernement agricole? C'est ce qu'il n'est pas permis d'espérer, dans un siècle où la centralisation de jour en jour plus active promène en tout sens l'égalité de lois et de mœurs (2).

Après m'être occupé des sociétés universelles, je vais jeter un coup d'œil sur les sociétés particulières qui servirent d'aliment à l'esprit d'associa-

(1) V. *Lettre à M. Etienne* ou *Excursion dans le Nivernais*.

(2) M. Dupin nous apprend cependant qu'un arrêt de la cour de Bourges, du 6 mars 1832, a trouvé moyen d'écarter une demande en partage dont cette société était menacée. J'aurais désiré en connaître les faits.

tion, dans les temps reculés de notre histoire.

La principale est la société de *commande*, origine, pour le nom et pour le fond, de la société en commandite. La commande remplit le droit civil, commercial et maritime du moyen âge. Elle est, à cette époque, l'instrument le plus actif du travail organisé en société.

L'une de ses plus anciennes applications est le bail à cheptel, appelé alors avec grande raison *commande de bestiaux* (1). Le propriétaire d'un troupeau le remet, à titre de capital, à un berger, pour que ce dernier le soigne, le nourrisse et l'entretienne; l'industrie de celui-ci fait alliance avec le capital de celui-là; le premier travaille, le second doit rester oisif, et tous les deux partagent les croîts et les profits. L'on reconnaît là les linéaments de la commandite; c'est le berceau modeste d'une grande chose.

Je ne serais pas étonné cependant que cette idée ne parût paradoxale à certains esprits, mieux instruits du droit actuel, que des phases qui l'ont préparé. Rien n'est cependant plus vrai et mieux prouvé que l'identité du cheptel et de la commandite. Je le répète; le nom ancien de cheptel était *commande de bestiaux*, ou, comme le dit Ducange, *commandite* de bestiaux (2). En Italie, on l'appelle *soccità*, mot qui n'est qu'une corruption agreste de

---

(1) *Infra*, n° 378.
Voyez le glossaire de Delaurière, v° *Société*. Il appelle le cheptel une société en commandite, et ce n'est pas autre chose.

(2) V° *Socida*.

società (1), et dont le latin des chartes du moyen âge a fait *socida*. « *Soccità*, dit encore Ducange, « *quasi societas* ; accomendità *de bestiame*, che « si dà alla custodia altrui, à mezzo prò e « danno (2). »

Quoi qu'en ait pensé Heineccius, je ne crois pas que la commande de bestiaux (3) ait été ignorée des Romains à l'égal de la lettre de change, du contrat de rente viagere, de la loterie, etc., etc. (4) Il y a dans le Digeste et dans le Code des textes assez formels pour démontrer que cette combinaison a trouvé place dans leur agriculture (5). Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elle est devenue beaucoup plus fréquente chez les nations modernes, qu'elle ne l'était chez les Romains ; l'émancipation des classes inférieures, la nécessité de leur créer une industrie non servile, les changements survenus dans le personnel de l'art agricole, peuvent expliquer peut-être cette diffusion de la commande de bestiaux. Mais il n'est pas possible de croire que les Romains ne s'en soient pas servis.

De là deux conséquences :

La première, c'est que la commande n'est pas un contrat exclusivement commercial, comme beaucoup d'auteurs modernes l'ont pensé ; l'industrie agricole peut le revendiquer aussi bien que l'industrie marchande et maritime.

---

(1) Ducange, v° *Socida*.
(2) *Loc. cit.*
(3) C'est le nom qu'elle porte encore en Bresse.
(4) Voyez sa dissert. sur la lettre de change, § 16 (t. 2, p. 451).
(5) Mon comm. *Du louage*, t. 3, n°s 1054-1060.

La seconde, c'est que l'idée de la société en commandite se trouve, non-seulement en germe, mais encore en pratique, dans cette terre féconde du droit romain, où l'on a trop facilement pensé qu'elle n'avait jamais eu de racine.

C'est, du reste, une mesquine et chétive industrie que celle du cheptelier; elle donne au travailleur beaucoup de peine et peu de profits. Mais, tout en gardant les conditions de cette combinaison, essayez d'en changer l'objet : à un capital consistant en bestiaux dont l'entretien est si coûteux, substituez un capital en marchandises d'une conservation facile, d'un débit assuré ; à l'industrie lente, stationnaire et infructueuse du berger, substituez l'industrie plus rapide, moins dispendieuse et plus lucrative du marchand, et tout de suite la commande va devenir un contrat plein de vie, qui fixera l'attention de l'industrie et donnera au négoce une grande activité.

De là, le contrat de pacotille auquel le commerce du moyen âge a dû une grande partie de son mouvement. On confiait à un marchand qui se rendait aux foires, ou bien à un marin qui allait naviguer au loin, un capital en marchandises, afin qu'il le vendît avec avantage ou qu'il le convertît en d'autres marchandises. C'était une société (1), une véritable société en commandite, dans laquelle le marchand commandité apportait pour mise son industrie. Un seul traitait avec les tiers et était

(1) C'est ce que je prouve *infra*, n° 381, à l'aide des statuts de plusieurs villes maritimes.

connu d'eux. Le commanditaire n'aventurait que son fonds de marchandises et nullement sa responsabilité personnelle. Si l'affaire procurait des profits, les associés les partageaient entre eux dans les proportions convenues. C'est ainsi que s'alimentaient les foires de Brie et de Champagne (1), et les ports de mer marchands. On trouve la commande dans toutes nos villes maritimes de la Provence et du Languedoc, dans l'Italie, dans la partie de l'Orient envahie par les croisés; les Assises de Jérusalem en font mention, aussi bien que les plus vieux statuts de Marseille, Montpellier, Pise, Gènes, etc., etc. On a voulu en faire honneur à l'Italie; c'est une erreur (2). La commande n'est pas plus italienne que provençale; elle n'est pas plus d'origine marchande que d'origine civile; on la rencontre simultanément dans toutes les directions industrielles et dans la sphère d'intérêt de toutes les contrées.

Maintenant, faisons un pas de plus, et à la place d'un capital en nature, comme bestiaux ou marchandises, mettons un capital en argent; et, tout de suite, nous aurons trait pour trait, dans la commande, la société en commandite, telle que nous la concevons et que nous la pratiquons aujourd'hui.

J'ai dit : Telle que nous la concevons et la pratiquons aujourd'hui. En effet, la commandite de bestiaux a pris un nom à part, celui de bail à

---

(1) Ord. de Louis-le-Hutin, du 9 juillet 1315, art. 5.
(2) Je le prouve plus bas, n° 381.

cheptel, et, tout en retenant son caractère indélébile de société et de société en commandite, elle est allée se ranger dans les variétés du contrat de louage, auquel elle appartient moins par la chose que par la liaison du mot *bail* qui lui est commun avec le bail à ferme. Quant à la commandite de pacotille, les développements du commerce ont rapetissé son rôle; elle n'est restée que comme petite société nautique, pratiquée par les gens de mer (1). C'est donc au capital en argent, donné à titre de commandite, qu'est resté le grand rôle commercial; c'est cette combinaison qui a éclipsé les deux autres, et a donné l'impulsion la plus importante aux affaires, par une heureuse association des intérêts civils avec les intérêts commerciaux.

Cette combinaison ne fut pas plus inconnue dans le moyen âge que la commandite de bestiaux et la commandite de pacotille. Les Assises de Jérusalem s'en sont occupées (2), et il y en a ailleurs des traces nombreuses.

On conçoit facilement, au surplus, que les capitaux aient dû souvent s'engager dans cette voie, lorsqu'ils ont voulu sortir de leur oisiveté.

En effet, les lois canoniques, par une réaction contre l'usure, ce fléau de la civilisation romaine et de toutes les civilisations barbares, les lois canoniques avaient défendu le prêt à intérêt : elles avaient frappé l'argent de stérilité. C'est en vain

---

(1) Emerigon, *Assurances*, t. 2, p. 398, 399.
(2) Ch. 41, 45. li Bezans, disent-elles.

que la subtilité des clercs orientaux avait inventé la fraude des trois contrats pour échapper à la prohibition (1). En vain leur génie rusé avait groupé ensemble la société, l'assurance et la vente, et formé de ces trois conventions permises une combinaison qui arrivait aux mêmes fins que la convention défendue. Les esprits sincères, les âmes dociles s'étaient effrayés de ce détour, et le zèle de quelques hardis casuistes, pour le légitimer, n'était pas parvenu à le rendre populaire. Les capitaux restaient donc privés de la précieuse ressource du prêt à intérêt.

Dans cet état, la société en commandite se présenta naturellement pour les tirer de leur inaction. Des pères de famille, des magistrats, des nobles, des militaires, voulant augmenter leur bien-être par le profit de leur argent, le mettaient en commandite chez un marchand de bon renom; cet argent fructifiait, et ces personnes trouvaient commode de retirer des bénéfices du commerce, sans être commerçants. Cachés derrière le voile de l'anonyme, inconnus des tiers, qui n'avaient à faire qu'avec le marchand commandité, elles n'avaient aucune responsabilité personnelle; à la fin de l'année, elles se faisaient rendre compte et recevaient leur part des bénéfices. On peut dire que la commandite a été, dans le moyen âge et dans l'ancien régime, un mobile puissant pour remuer les capitaux et leur donner de l'élan et de la vivacité.

(1) V. là-dessus *infra*, n° 17.

Mais c'est surtout en Italie qu'elle se montra féconde. De très-bonne heure (1) les Italiens avaient signalé l'ardeur et l'habileté de leur génie commercial. Dès les xe et xie siècles, ils faisaient un commerce considérable d'argent; les Florentins, notamment, se répandaient en Europe, sous le nom de Lombards, et rapportaient de leurs spéculations des richesses immenses, avec lesquelles ils élevaient, dans leur patrie, de magnifiques édifices et des palais, et répandaient autour d'eux l'opulence et le luxe. C'étaient eux qui, dignes émules des chevaliers romains, se formaient en sociétés, et affermaient et les impôts des états du pape, et les tributs que la cour de Rome levait en France, en Angleterre, et sur toute la chrétienté (2); affaire gigantesque, qui, à elle seule, prouve l'esprit vaste, entreprenant, de ces négociants qui surent trouver la noblesse dans le commerce qui faisait ailleurs déroger. Ils faisaient aussi la banque sur une grande échelle, et leurs sociétés (car, ainsi qu'on le voit dans l'histoire de Jean Villani, c'était dans l'association qu'ils trouvaient les moyens de

(1) Muratori, t. 1, dissert. 15.

(2) Voici un diplôme de 1233, par lequel le pape Grégoire donne décharge à l'une de ces sociétés : « Universitati nostræ volumus esse « notum, quod facta generali, inter cameram nostram et dilectos filios, « Angelerium Solaficum, quondam campsorem nostrum (changeurs, « banquiers) *et ejus socios*, mercatores senenses, de omnibus rationibus, « quas in *Anglia*, *Francia*, Curia Romana, *vel etiam alibi*, nostro, vel « Ecclesiæ nomine, receperunt; et de expensis ab eis factis, ac de solutis « quæ fuerunt hinc inde solvenda, *compulsatione habita diligenti*, compertum est, cameram ipsam, eisdem prorsus in nullo teneri, et merca- « tores eosdem nihil omnino cameræ prædictæ debere. » Muratori, *Antiq. med. ævi*, dissert. 16, t. 1, p. 889, 890.

tant embrasser) (1), leurs sociétés avaient des comptoirs dans nos principales places. Tandis que les Pisans et les Génois armaient des vaisseaux contre les Sarrasins et exploitaient le commerce de l'Orient (2); tandis que Venise faisait la traite dans les mêmes contrées et nolisait les flottes qui conduisaient les croisés en Terre Sainte et excitaient l'admiration de Ville-Hardouin (3), les compagnies de Lombards tenaient dans leurs mains tout le crédit des états occidentaux ; elles prêtaient aux souverains (4), et enlaçaient dans les filets de leurs prêts sur gage les nobles, les monastères, tous ceux qui avaient besoin d'argent (5).

---

(1) Muratori en fait aussi l'observation dans sa dissertation 15.

(2) Muratori, dissert. 30, t. 2, p. 865 et 908.

(3) V. ses curieux mémoires n[os] 29 et suiv. « Et li navires li venis« siens orent appareillé, fu si riches et si bels, que onques nus bon « chrestiens plus bel ne plus riches ne vit. »

(4) Par exemple, ils prêtèrent à Edouard III, roi d'Anglet., de grosses sommes qu'il ne put leur rendre. (J. Villani, lib. XI, c. 87, 137, et lib. XII, c. 54.) Je reviendrai bientôt sur ce fait.

(5) Mathieu Paris (Hist. Angli. Henricus 3, an. 1235).

« Invaluit autem his diebus, caorsinorum pestis abominanda, ut vix esset aliquis in tota Anglia, maxime prelatus, qui retibus istorum, jam non illaquæaretur. Etiam ipse rex debito inestimabili eis tenebatur obligatus. Circumveniebant enim in necessitatibus *indigentes*, usuram sub specie negotiationis palliantes, et nescire dissimulantes quod quidquid accrescit sorti usura est, quocumque nomine censeatur. »

Voici la formule du contrat qu'ils faisaient souscrire aux débiteurs. Mathieu Paris l'a conservée : elle est curieuse.

« Universis præsens scriptum visuris, N** prior, et conventus N**, « salutem in Domino.—Noveritis nos mutuo recepisse apud Londinum « (Londres), pro nostris et ecclesiæ nostræ negotiis utiliter expediendis, « ab illo N** et illo N**, *pro se* et *sociis suis,* civibus et mercatoribus « civitatis N** centum et quatuor bonorum et legalium (bons et loyaux) « esterlingorum, pro marca qualibet computatis.... » (Ici se trouve une renonciation à toute exception *non numeratæ pecuniæ* et autres.) « Quas « prætaxatas 104 marcas esterlingorum, dictis mercatoribus, *vel uni*

Quand leurs richesses, tirées de la substance des peuples, avaient amoncelé les haines nationales, les gouvernements réagissaient sur eux avec violence; on saisissait leurs personnes et leurs biens; on les

---

« *ipsorum*, vel eorum certo nuncio, qui præsentes litteras secum attu-« lerit in festo sancti Petri ad vincula (*), anno Domini incarnationis « millesimo ducentesimo trigesimo quinto, per legitimam stipulationem « promittimus et tenemur nomine nostro et ecclesiæ nostræ, nos « integre soluturos et reddituros. Tali tenore adjuncto, quod si dicta « pecunia prædicto loco et termino, sicut dictum est, non fuerit pro-« lata et tradita; ex tunc in antea semper, transacto termino, promit-« timus et tenemur per eamdem stipulationem, dare et reddere *prædictis « mercatoribus*, *aut uni eorum*, vel eorum certo nuncio, per singulos « menses duos, pro singulis decem marcis, unam marcam dictæ mo-« netæ, pro recompensatione damnorum, quæ damna et expensa ipsi « mercatores ex hoc possent incurrere vel habere; ita quod damna et « expensa et sors cum effectis peti possint, ut superius expressa, et « *expensas unius mercatoris cum uno equo et cum uno servo ubicumque « fuerit mercator*, usque ad plenam solutionem omnium prædictorum.

« Expensas etiam factas et faciendas, pro ipsa pecunia recuperanda, « reddemus et restaurabimus iisdem mercatoribus, vel uni eorum, vel « eorum certo nuncio; quam recompensationem damnorum, *inter-« esse* et expensarum promittimus dictis mercatoribus, in sortem dicti « debiti nullatenus computari; ac non detinere dictum debitum sub « pretextu recompensationis memoratæ.....

« Pro quibus omnibus antedictis firmiter et plenarie adimpiendis, et « inviolabiliter observandis, *obligamus nos et ecclesiam nostram*, et « omnia bona nostra et *ecclesiæ nostræ mobilia et immobilia*, eccle-« siastica. et mundana, habita et habenda.

« ..... Renunciando omni juris auxilio canonici et civilis, privilegio « clericatus et fori, epistole *divi Adriani*, omne consuetudine et statuto, « omnibus litteris, indulgentiis, privilegiis, etc , etc. »

Puis Mathieu Paris, étonné de ce formulaire, effrayé de ce luxe de précautions légales, ajoute :

« Talibus igitur inextricabilibus vinculis debitores suos Caorsini « constringebant.... indigentes primo sermonibus mellitis et mollitis « alliciebant; in fine vero velut jacula vulnerantes. *Unde multi propter « verba eorum subscripta, arguta et à legibus extracta, causidicorum-« que cognata fallaciis, hæc non sine curiæ Romanæ conniventia, « fieri arbitrant.* »

(*) 1er août.

expulsait outrageusement sous les noms de peste publique, d'usuriers, d'hommes abominables (1); mais bientôt l'espoir du gain les ramenait braver la banqueroute et l'ignominie. Tantôt ils achetaient leur retour par de bonnes rançons payées aux rois; tantôt ils obtenaient la protection de quelques grands en leur donnant une part d'associé dans leurs opérations (2). Tant qu'on avait besoin d'eux, on les accueillait avec faveur. Le roi leur permettait de s'établir en corporations dans les villes qu'ils désignaient : par exemple, Paris, Montpellier, Nîmes, Toulouse, Nantes, Dinan, Quimper, Beauvais, etc. (3). Là, ils avaient leurs recteurs ou consuls élus par eux, et exerçant sur la corporation une juridiction basée sur les lois italiennes; ils jouissaient des mêmes priviléges que les bourgeois de Paris, étaient exempts de l'ost et de la chevauchée, de la taille, de la mainmorte, du droit de naufrage, etc., etc. (4). Mais malheur

---

(1) Mathieu Paris (ann. 1235) et ord. de Saint-Louis de 1268 (ord. du Louvre, t. 1, p. 96). « Buillivo tali — intelleximus quod Lombardi, Caorcini, ac etiam plures alienigenæ *usurarii*, regno nostro publice, *super pignoribus mutuantes ad usuram*, habentes ad hoc domos et mansiones specialiter deputatas, in quarum *extorsione valde* depauperant regnum nostrum. »

Autre ord. de Philippe-le-Bel, de 1311 (t. 1, p. 489), « *usurarum voragine.* »

(2) Mathieu Paris, *loc. cit.*

(3) Ducange, vº *Longobardi.*

(4) V. dans Ducange vº *Longobardi*, la charte de 1278, par laquelle le roi Philippe-le-Hardi accorde ces droits à *Fulcone Cacio*, citoyen de Plaisance, et prenant le titre de *capitaneus universitatis* des marchands lombards et toscans, ayant pouvoir et mandat des consuls des marchands de Venise, Plaisance, Lucques, Bologne, Pistoja, Asti, Florence, Milan, etc., de traiter avec le roi de France pour leur établissement à Nîmes.

à eux si dans quelque crise financière la nature de leurs spéculations autorisait contre eux l'accusation d'usure (1), ou contrariait les vues du gouvernement dans les altérations des monnaies (2) ! Ils étaient insultés, proscrits, accablés de l'inimitié publique, comme les juifs avec lesquels ils partageaient le commerce de l'argent. Il est probable que tout n'a pas été inventé à plaisir dans les reproches sanglants dont les contemporains les ont poursuivis ; et si l'on songe que le taux auquel les Lombards avaient élevé l'intérêt commercial de l'argent était souvent de plus de 20 p. 0/0 (3), on sera forcé de croire que les larmes des peuples n'étaient pas feintes. Cependant, je ne voudrais pas dire non plus qu'il n'y a pas eu quelque exagération de la part d'une époque, qui appelait usure tous les profits de l'argent, et dont le système économique était dirigé par les lois religieuses et civiles dans une voie de réaction contre les idées du monde romain en matière de prêt à intérêt. Réfléchissons aussi que, si l'intérêt commercial était énorme, c'est que les chances du commerce étaient énormément mauvaises; car il fallait craindre les brusques changements dans les valeurs monétaires, les banqueroutes, les exils, les confiscations, les rapines de toute espèce, les dangers de toute nature dans les communications.

---

(1) Ord. de Saint-Louis, de 1268 (Ord. du Louvre, t. 1, p. 96.) Ord. de Philippe-le-Hardi, de 1274 (*Id.*, t. 1, p. 297).

(2) Ord. de Philippe-le-Bel, de 1311 (t. 1, p. 489).

(3) Ord. de Philippe-le-Bel, de 1311. Muratori, dissert. 16, t. 1, p. 898.

Je veux en citer un exemple qui rentre dans mon sujet.

Parmi les nombreuses compagnies de commerce qu'il y avait à Florence, au XIVe siècle, on distinguait celle des Bardi et celle des Peruzi, personnages dont l'opulence égalait la noblesse et l'ancienneté. Tour à tour marchands et hommes d'état, les Bardi et les Peruzi avaient de tout temps figuré dans les luttes contre l'empereur, dans les conseils de la cité, dans sa politique, dans ses guerres, dans ses finances (1). A l'époque dont je parle, ils étaient banquiers d'Édouard III, roi d'Angleterre. Ce prince leur faisait passer ses laines, ses denrées, son argent, et eux, de leur côté, lui fournissaient des fonds pour ses dépenses et ses besoins. La guerre venait d'éclater entre la France et l'Angleterre ; Edouard III avait fait de grands préparatifs, et le découvert des compagnies Bardi et Peruzi, à son égard, se montait à plus de 1,365,000 florins d'or, somme avec laquelle on aurait pu acheter un royaume (*che valcano un reame*) (2). Edouard, pressé de s'acquitter, déclara ne pouvoir payer. Cette nouvelle jeta la consternation dans Florence; car les Bardi et les Peruzi avaient derrière eux une foule de commanditaires et de prêteurs confiants dont le

(1) Jean Villani, lib. 5, ch. 39, *passim*.

(2) J. Villani, lib. XI, ch. 87.

M. Michelet estime à cent vingt millions ce que ces deux maisons avaient prêté à Édouard. (T. 5, p. 379-380 et note 1.)

sort dépendait de leur crédit (1). Pour comble de malheur, les compagnies succursalistes, que les Bardi et les Peruzi avaient organisées en France (2), étaient chassées par le roi avec confiscation. Ces deux maisons, accablées de tant de revers, écrasées sous le poids de leurs obligations, firent faillite, et la chute de ces deux colonnes, qui soutenaient pour ainsi dire le commerce de toute la chrétienté (3), fut pour Florence l'occasion de pertes immenses. D'autres riches compagnies entraînées dans la crise déposèrent leur bilan. J. Villani cite les compagnies des Acciajuoli, des Buonacorsi, des Cocchi, des Antellezi, des Corsini, des Castellani, des Perondoli (4). C'étaient les premiers noms de Florence dans le commerce et dans l'état. D'autres compagnies moins importantes (5), plusieurs marchands opérant en nom singulier, dont les fonds étaient engagés dans ces grandes maisons, faillirent à leur tour. La catastrophe fut affreuse. L'argent disparut.

---

(1) C'était une grande folie à eux, dit J. Villani, d'avoir mis d'aussi grandes sommes sur une seule tête. Et notez que la plus grande partie de cet argent (*da maggior parte*) n'était pas à ces Compagnies. *Anzi gli aveano in* ACCOMANDA *e in deposito di più cittadini e forestieri.* (Loc. cit.)

(2) « *Id.* E per aggiunto del male delle dette Compagnie, il re di Francia fece pigliare in Parigi e per tutto il reame, *i loro Compagni* e cose, e mercatanzie, etc. »

(3) Pero che fallite le dette due colonne, che per le loro potenzia, quando erano in buono stato, conducevano colli loro gran traffichi, gran parte del traffico della mercatanzia dei cristiani, *ed erano quasi un alimento*, etc. (*Id.*)

(4) Lib. XI, c. 137, et lib. XII, c. 54.

(5) Più altre piccole Compagnie..... *altre Compagnie minore, e singolari,* c'haveano il loro nei Bardi, et in Peruzi e negli altri falliti...., fallirono. (J. Villani, lib. XII, c. 54.)

Toutes choses tombèrent à rien (1). La richesse de Florence en fut profondément altérée. Aussi, les contemporains, aigris par ces pertes, blâment-ils avec amertume la témérité de ces marchands qui compromettaient dans des entreprises si aventureuses la fortune publique et privée (2).

Tels étaient donc les risques auxquels était soumis le commerce de banque. A un jeu où il y avait tant à perdre, il fallait aussi qu'il y eût beaucoup à gagner. Au reste, nous ne pensons pas que, tout compte fait des succès et des désastres commerciaux, le calcul des probabilités ait tourné contre l'Italie. Ce pays était et a été longtemps le plus riche en numéraire (3) et le plus avancé en civilisation.

Ce qu'il y a de certain, c'est que ses marchands cosmopolites ont fondé en France et ailleurs les grands principes du crédit commercial ; c'est que notre moyen âge leur doit les notions du change de place en place, largement comprises et pratiquées ; c'est qu'ils donnèrent au négoce une variété de moyens et d'expédients, une supériorité d'action qu'il n'avait jamais eues avant eux ; c'est que, dans des siècles d'ignorance financière et de mauvaise foi, ils surent, par leurs conceptions habiles, par leurs correspondances multipliées, par leurs virements ingénieux, mettre le commerce autant à l'abri qu'il était possible des dangers

(1) *Id.*, lib. XI, c. 137.
(2) *Id.*, lib. XI, c. 87 ; lib. XII, c. 54.
(3) Scaccia, § I, q. 7.

dont l'environnaient les fraudes, les violences, l'inexpérience et les préjugés des gouvernements.

Je viens de parler des compagnies Bardi et Peruzi et de leurs commanditaires. Ceci me ramène au régime des sociétés italiennes, dont une digression nécessaire m'avait un instant éloigné. L'Italie remua le monde commercial avec deux sortes de sociétés (les seules qu'elle connût), la société en nom collectif, et la société en commandite dont on distinguait à peine la société en participation. Souvent les marchands se constituaient en société en nom collectif, sous une raison sociale. Dès le commencement du XIIIe siècle, nous apercevons cette forme en pleine vigueur, par suite d'un usage qui paraît remonter beaucoup plus haut. Les Lombards contractaient en général, en Angleterre et en France, sous la raison sociale N*** N*** et compagnie (1), et un seul des gérants avait pleins pouvoirs pour représenter la compagnie et faire les recouvrements (2). Les sociétés Bardi, Peruzi, Acciajuoli, Corsini, tiraient cette dénomination du marchand principal qui était en nom, et sous la raison duquel se faisait le commerce (3); de sorte que je serais fort tenté de croire que l'appellation Caorsius ou Corsius, donnée aux Lombards qui exploitaient la France et l'Angleterre, pourrait bien leur venir, non pas de Cahors, que Dante aurait, un peu légèrement peut-être, comparée à

---

(1) Voy. le Contrat de 1235, donné par Matthieu Paris, et rapporté ci-dessus.

(2) *Idem*.

(3) Ducange, v° *Caorsini*.

Sodome (1), mais des Corsini, illustres marchands de Florence, non moins riches que les Bardi et les Peruzi ; des Corsini, disons-nous, dont la compagnie comptait dans cette cité au rang des plus considérables, et qui probablement aura été l'une des premières à envoyer ses associés hors de l'Italie, pour faire la banque. Quoi qu'il en soit de cette conjecture que je ne suis pas le premier à émettre, il est un point sur lequel je dois insister : c'est l'habileté de ces intrépides spéculateurs à attirer à eux, par le moyen de l'association, les capitaux qui doivent seconder leur génie entreprenant et développer leurs colossales opérations ; c'est, à côté de la société collective, l'extension qu'ils donnent à la commandite pour appuyer leur aristocratie financière sur la démocratie des petits capitaux. Florence était en quelque sorte dans leurs mains, par ces nombreuses commandites dont ils étaient le centre, et par lesquelles ils faisaient rayonner au loin tous les bénéfices du commerce intérieur et extérieur. Commanditaire intéressée à leur bonne et à leur mauvaise fortune, la ville était ébranlée par leurs revers et vivifiée par leurs succès. Je me trompe en disant la ville ; je devrais dire l'Italie; car la haute Italie, la Toscane, les États romains, se tenaient ensemble par les liens d'un crédit commun. Et ceci explique pourquoi l'opinion publique, au delà des Alpes,

(1) Cant. XI.

E però, lo minor giron suggella
Del segno suo, e Soddoma et Caorsa,
E chi, spreggiando Dio, col cuor favella.

était que le pape était de connivence avec les Lombards (1). Si les historiens de Florence ont pu avancer avec orgueil (2) que les compagnies florentines alimentaient le commerce de toutes les nations chrétiennes, c'est que la commandite les avait faites aussi grandes que le monde commercial, qu'elles pouvaient embrasser de leurs puissants capitaux.

Une autre combinaison de la commandite se révèle dans l'étude de leur pratique. S'il se présentait une opération qui offrît de bonnes chances, mais dont les compagnies ne voulussent pas prendre la gestion, alors elles quittaient le rôle de commandité pour prendre celui de commanditaire. Elles mettaient en avant un gérant qui conduisait l'affaire sous son nom, et qu'elles soutenaient de leur crédit et de leurs fonds (3). C'est ce qui arrivait quelquefois pour la ferme des impôts de la cour de Rome. Les plus grandes maisons, les plus grands noms de l'Italie, était intéressés dans la ferme : les Monti, les Grimaldi, les Pallavicini, les Farnèse, les Negrosi (4), etc.!!! L'opération était répartie, par la voie de la société en commandite, ou de la participation, dans un nombre considérable de mains entre lesquelles les éventualités venaient se partager. La grande question de jurisprudence qui fut agitée au XVe et au XVIe siècle fut de fixer la véritable position de ces comman-

(1) Matthieu Paris, précité.

(2) J. Villani, lib. XI, c. 87. V. ci-dessus la note (3) de la page LXVI.

(3) *Decision. rotæ Genuæ*, 14, n° 5, 6, 83, 85, 133.

(4) *Idem.*

ditaires ou participans, par rapport aux tiers qui avaient traité avec le gérant. Les livres des docteurs italiens en sont remplis.

Dans leurs excursions au delà des monts, les compagnies florentines ne manquèrent pas d'apporter avec elles l'usage de la commandite, auxiliaire précieux des spéculations étendues. « Lesdits mar-« chands italiens, dit Louis le Hutin, dans son or-« donnance du 9 juillet 1315 (1), lesdits marchands « italiens, pour *change*, *commande*, et quelques « autres contrats, qu'ils facent ensemble l'un avec « l'autre, ne seront par nous ou par nos gens repris « ou reprochiés des cas d'usure » (2). C'était le temps où la royauté du fils de Philipe-le-Bel réagissant contre la politique du règne précédent, relevait le principe féodal, abaissait les légistes, sacrifiait Marigny, et, pour faire un appel au crédit froissé par Philippe, rappelait les Juifs et accordait des priviléges aux compagnies lombardes. Mais ces heureux intervalles ne devaient pas durer toujours (3). Il fallait passer encore par bien des

---

(1) Art. 5. (*Ord. du Louvre*, t. I, p. 582, 584.)

(2) Sur quoi Delaurière a dit : « Voyez notre glossaire, sur *Société en « commandite*, et sur *Commande* et *le Parfait négociant*, part. 2, liv. I, « ch. 1. » On peut aussi consulter M. de Sismondi (t. 9, p. 323, 324) sur cette ordonnance et ses causes.

(3) Voici, par exemple, une ord. de Jean II, du 18 juillet 1353, par laquelle il rappelle et confirme les rigueurs de son père Philippe VI contre les Lombards. « Quoniam nuper ad nostrum devenerat auditum, quo « sumpta occasione, ex eo quod carissimus dominus et genitor noster, « dum viveret, advertens regnum suum et ipsius subditos per usura-« rum voragines, quas *Lombardi*, *Italici*, ultramontani et alii in eodem « regno longis temporibus exercuerant et exercebant, contra prohibitio-« nes et ordinationes regias, fuisse ac fore multipliciter depressos ac

crises pour que les gouvernements comprissent que le crédit des finances ne peut vivre que par la bonne foi. Au XVI[e] siècle, l'existence des compagnies lombardes paraît cependant mieux protégée. Le pouvoir semble avoir renoncé aux confiscations et aux exils ; il ne songe qu'à l'emploi de formes utiles pour protéger les sujets français contre les piéges que les étrangers leur tendaient, en dissimulant leurs sociétés. Ceci est remarquable ; c'est de là qu'est sorti, en France, le système de la publicité des sociétés commerciales, système établi d'abord contre les fraudes des Italiens, étendu ensuite à toutes les sociétés de commerce entre nationaux, et qui, tour à tour réclamé par les négociants et éludé dans leurs pratiques, n'a été définitivement constitué que par le Code de commerce. Nous traiterons ce point dans le

---

« etiam depauperatos ; et propter hoc volens eosdem *usurarios* ab exer- « citio hujusmodi in ipso regno omnino repellere, ac indemnitati regni « et subditorum in futurum obviare, *Societates Scaramporum*, *Angois-* « *solorum ac Falctorum*, et *Thomam le Bourguignon*, ac omnes alios « forenses, TAM SOCIETATES QUAM SINGULARES PERSONAS *Lombardo-* « *rum*, *Italicorum*, *Ultramontanorum*, fecerat denunciari et super hoc « conveniri, *omniaque bona tam mobilia quam immobilia*, *et debita* « *pignora*, ad manum suam apponi et teneri..... Contra quas quidem « Societatum *Scaramporum Angoissolorum*, ac *Falctorum* et *Thomas le* « *Bourguignon*, ac eorum socios et favitores (fauteurs), adeo in curia « Parlamenti extitit processum. »

Les Scarampi, les Angoissoli, étaient les marchands qui donnaient leurs noms à ces sociétés. Philippe VI les avait expulsés violemment, et l'Italie avait ressenti le contre-coup de ces mesures extrêmes, comme nous l'avons appris par Jean Villani. On voit aussi par la Chronique de Matthieu Villani (lib. I, c. 76.) que cette fuite des marchands italiens appauvrit beaucoup la France ; le roi Jean confirma ces rigueurs. Cette ordonnance de 1353 est une triste preuve de ces persécutions (*Ord. du Louvre*, t. II, p. 523). On peut consulter les Ordonnances du même roi, d'avril 1350 (t. II, p. 418) et juin 1351 (t. II, p. 441).

cours de cet ouvrage avec des détails qui ne sauraient trouver leur place ici.

Avant de quitter ces origines reculées de notre droit, j'ai voulu savoir si la société s'y était produite avec le cortége de l'action industrielle. Cette question m'a paru d'autant plus importante, qu'on n'est pas d'accord sur l'époque à laquelle les sociétés ont commencé à diviser leur capital social en actions. Brillon semble croire que les actions n'ont fait en France leur apparition qu'avec le système de Law (1); et c'est une grande erreur. D'autres, mieux instruits du mouvement commercial du XVIIe siècle, les reportent à la fin du XVIe; ils citent la compagnie des Indes orientales d'Amsterdam de 1602, comme la première qui se soit constituée en société par actions (2). Mais je crois l'idée beaucoup plus ancienne. Il est bien vrai que c'est au XVIIe siècle que l'action industrielle s'est plus distinctement classée dans le nombre des valeurs en circulation, et qu'elle a pris définitivement les caractères d'une monnaie courante. Auparavant, l'action était plus embarrassée dans sa marche; on ne voit pas qu'elle se transmît de la main à la main; elle prenait, dans la cession ordinaire, les formes de sa transmission. Mais au fond, la théorie de l'action, se distinguant du capital social, ayant une existence divise quand le tout reste indivis, cessible quand le fonds de la société ne doit pas être cédé, laissant entrer et sortir des sociétaires nou-

---

(1) V° *Action*, n° 12 et 98.

(2) M. Fremery (*Études sur le droit commercial*, p. 55.)

veaux et anciens, sans que le lien social en soit altéré; cette théorie, dis-je, est de beaucoup antérieure à la fin du XVI[e] siècle. D'abord, sous le pontificat de Paul IV, qui règna de 1555 à 1559, je vois (1) la ferme des impôts des États du pape divisée par actions; je vois le duc Horace Farnèse vendre trois de ses actions; Baudoin de Monte en vendre également trois (2), et cette opération est mentionnée dans la jurisprudence de la Rote de Gênes comme un acte des plus naturels et des plus fréquents, et qui en lui-même ne soulève aucune objection. Il se lie donc à une pratique plus ancienne.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que le plus ancien exemple que j'en aie trouvé se rattache à une société purement civile; et ce fait vient à l'appui d'une opinion, qui sera plus d'une fois reproduite plus tard, et qui consiste à soutenir qu'il ne faut pas considérer la division d'un capital social en actions comme une conception commerciale; car elle appartient tout aussi légitimement aux sociétés civiles qu'aux sociétés de commerce.

Il existe à Toulouse des moulins à blé, que Belleforet représente comme les plus beaux de la France (3); ils remontent à la plus haute antiquité. L'un d'eux, le moulin du Basacle (4), fut concédé

---

(1) Straccha, *Decision. rotæ Genuæ*, 14, n° 5, 6, 83 85, 133.

(2) « Probatur etiam ex instrumento transactionis factæ cum reverenda camera, tempore Pauli IV, quæ fuit a Grimaldis approbata; probatur pariter scientia Grimaldorum ex instrumentis acquisitionis *portionum III* ducis Horatii Farnesii, et III Balduini da Monte. » (Straccha *loc. cit.*, n° 5).

(3) Cosmographie, t. 2, *sur Toulouse.*

(4) Du mot *vadum*, gué.

au XIIe siècle, par le prieur de la Daurade, à une société, dont les membres sont nommés dans les anciens titres, *pairiers* ou *pariers* (1); mot synonyme de participants. La valeur totale de l'usine fut divisée en un certain nombre de parts, que l'on distribua entre tous les associés suivant le montant de leur intérêt; ces parts reçurent le nom d'*uchaux* ou *saches*, mesure de capacité usitée à Toulouse, et qui, probablement, représentait primitivement le produit en nature et en mouture de chaque part.

Les pariers avaient éprouvé, pour certains travaux de construction, des difficultés nombreuses de la part du prieur de la Daurade. Les différends avaient commencé en 1177, ils s'étaient prolongés jusqu'en 1190; et il paraît que malgré des arbitrages et des transactions, ils s'étaient réveillés, dans le XIIIe et au commencement du XIVe siècle. C'est alors que les pariers, pour consolider leur propriété, firent entrer le roi Charles V dans leur société, et lui offrirent en don un *uchau*, que le roi accepta. Aussi, dans des lettres-patentes données à Paris le 24 août 1365, Charles V se dit-il participant et parier du moulin de Basacle. « Ad supplicationem « Bajulorum et partionariorum molendinorum « Badacli Tolosæ, *quorum nos particeps et par-* « *tionarius sumus*. »

L'administration de l'entreprise était confiée à des syndics appelés *Bajuli*. Plus tard, elle reposait

---

(1) « *Parerii*, dit Ducange (v° *Pares*), qui unius prædii seu feudi domini simul sunt, id est, *participes*. — *Parieri*, *participes*. »

dans les mains d'un syndic, de douze régents et un trésorier, nommés par les pariers en assemblée générale (1). Les bénéfices étaient partagés entre les associés dans la proportion du nombre d'uchaux que chacun d'eux possédait dans l'entreprise.

Qu'était-ce que ces uchaux ? pas autre chose que des actions. Cela est si vrai qu'à l'heure qu'il est, l'organisation du Basacle s'étant maintenue sans interruption et sans changement notable dans sa forme originaire, l'*uchau* est considéré par les détenteurs comme équivalant à une action dans une entreprise industrielle. Aussi, quand l'industrie actuelle veut créer des établissements de mouture à l'image du Basacle, elle appelle action ce que la société du Basacle appelle uchau (2). L'uchau est cessible et il l'a toujours été. Ceux qui veulent sortir de la société vendent leur uchau ; ils peuvent le vendre par partie, par demi-uchau, quart d'uchau ; car, par une coutume immémoriale, l'uchau est divisible indéfiniment, au gré du propriétaire. On reconnaît encore là les coupons d'action. Du reste, l'usage a toujours été de vendre l'uchau par acte public.

Le moulin du Basache n'est pas le seul qui soit constitué sous ce régime d'association. Le moulin du Château Narbonnais, qui n'est pas moins ancien dans la ville de Toulouse que le moulin du Basacle, est représenté également par une valeur qui,

---

(1) M. Championnière rapporte une décision de la *Régie de l'enregistrement*, qui fournit ce dernier renseignement. (T. 4, n° 3687.)

(2) Voyez *Infrà*, n° 971. l'espèce d'un moulin créé à Montauban.

de tout temps, a été divisée en uchaux et demi-uchaux, cessibles à volonté. On évalue à plus de trois cents le nombre des actionnaires intéressés dans les deux moulins.

Enfin, il paraît que Moissac, si renommé par ses belles moutures, possède un moulin dont l'exploitation en société est, dit-on, plus ancienne encore que la société du Basacle; les actions n'y sont pas nommées *uchaux* comme à Toulouse; elles portent le nom de *meules*. A Montauban, on les nomme *rases :* toutes ces dénominations diverses, expressions de la même idée, attestent la haute antiquité de ces combinaisons. Cette langue du moyen âge qui se conserve encore pour rendre des situations aujourd'hui usuelles dans la constitution de l'industrie, prouve que ces situations n'ont de moderne qu'une plus grande généralisation, mais qu'elles sont très-antiques par l'origine. Notre mérite est d'en avoir compris l'utilité pratique, de les avoir perfectionnées et étendues; mais nous n'avons pas l'honneur de les avoir inventées.

A la fin du XVe siècle et au commencement du XVIe, les découvertes des grands navigateurs, dans les Indes orientales et occidentales, marquent pour le commerce l'ère des temps modernes. Des débouchés, jusqu'alors inconnus, viennent solliciter et exciter l'industrie européenne, tandis que les produits des Indes, versés sur nos marchés, agrandissent la matière des échanges. L'or du nouveau monde, en se répandant à grands flots dans l'ancien continent, élève les valeurs vénales

et change les rapports de la marchandise; le prix des valeurs s'accroît, et l'intérêt de l'argent diminue (1). Les capitaux circulent avec activité; ils se fixent aussi dans un plus grand nombre de mains, et la richesse mobilière acquiert de l'importance et de la considération. Les capitalistes ne sont plus nécessairement des Juifs ou des Lombards, c'est-à-dire, des hommes voués à l'exécration publique; l'usure perd de son âpreté; la finance est moins décriée; le négoce fait moins déroger. En même temps, la marine prend un essor qui n'a plus de bornes; l'esprit d'aventure remue les populations; on s'embarque pour s'enrichir, pour coloniser, pour convertir. L'intérêt et les idées s'associent dans cette irruption, qui va jeter des empires florissants là où l'ancienne Europe ne voyait que le néant.

Les sociétés qui, au XVIe siècle, se formèrent en France pour entrer dans ce mouvement d'expansion, furent l'ouvrage des individus; et bien que François Ier ait cherché à exciter ses sujets à se porter vers le Canada (2), ni son gouvernement, ni celui de ses successeurs, n'intervinrent directement dans l'organisation de ces entreprises. Vers 1540, un gentilhomme picard, Roberval, conduisait au Canada une florissante colonie (3). Vingt ans auparavant, les trois frères Parmentier, après avoir découvert le cap Breton et l'île de Fernam-

---

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 22, ch. 5 et 6.

(2) Savary, *Dict. du com.*, v° *Compagnie*. Il cite des édits de 1537 et 1543, que je n'ai pas trouvés dans les collections et dans les archives.

(3) *Id.*

bouc, avaient poussé leur commerce jusqu'en Guinée et aux Moluques (1). Dans le même temps, deux négociants de Marseille, Thomas Linché et Carlin Didier, formaient une société pour faire la pêche du corail sur les côtes de Barbarie, et y fondaient en 1561 le bastion de France, avec la permission des chefs du pays. Enfin, des marchands de Dieppe s'associaient pour entreprendre le négoce des côtes d'Afrique et y créer des établissements (2).

Mais au XVII[e] siècle, sous le ministère du cardinal de Richelieu, le gouvernement commença à comprendre qu'il y avait un rôle à remplir pour lui dans ces conquêtes de la France au-delà des mers; et c'est sous l'autorité du roi, et en vertu de lettres-patentes, que se formèrent désormais les associations privilégiées qui allaient prendre possession de terres immenses, fonder des villes, et régir en souveraines de vastes colonies

En 1626, Louis XIII autorisa la compagnie de Saint-Christophe, à laquelle nous devons nos îles des Antilles, la Martinique, la Guadeloupe, Saint-Domingue, etc., etc. Ses propriétés équivalaient à des royaumes. Mais elle ne put ou ne sut les garder. Appauvrie au milieu de ces riches domaines, dont le commerce hollandais accaparait tous les produits, elle fut obligée de les vendre. C'est chose curieuse que de la voir mettre en vente, et aliéner, au profit des chevaliers de Malte, Saint-Chris-

(1) *Id.*
(2) *Id.*

tophe, la Martinique, Saint-Domingue, à peu près comme un particulier se défait d'un champ et d'un pré ; puis les chevaliers de Malte, meilleurs gentilshommes qu'habiles marchands, revendre au roi ces régions dont le commerce seul pouvait tirer parti.

En 1628, Louis XIII autorisa une nouvelle compagnie, celle de *la Nouvelle-France*. Elle était composée de cent associés, et son but était de soutenir les colonies du Canada et d'en établir de nouvelles ; le roi lui accordait, sous la condition de foi et hommage, la propriété de Québec et de tout le pays, le droit d'élever forteresse, d'avoir artillerie, de peupler, de coloniser.

En 1642, vingt-quatre particuliers, négociants et autres, s'unirent pour constituer la compagnie d'Orient ; Ricaut, capitaine de marine, obtint pour eux le privilége du Roi.

Mais les troubles de la Fronde réagirent sur ces établissements lointains ; ils tombèrent en décadence.

Toutefois, l'esprit français ne se découragea pas ; la compagnie de Cayenne se forma en vertu de lettres-patentes de Louis XIV, de 1651. De nombreux associés, de grands capitaux, de grandes vues, présidèrent à sa constitution ; elle avait à sa tête des hommes entreprenants, dévoués, remplis d'intelligence et d'idées de civilisation. Mais tous les malheurs vinrent l'assaillir à sa naissance ; au moment où l'expédition s'embarquait, vis-à-vis les Tuileries, l'abbé de Marivaux, l'un de ses chefs les plus éclairés, tomba dans la Seine et se noya ; pendant la traversée, l'insubordination mit le désor-

dre parmi les passagers. On arriva enfin; mais déjà une triste fatalité pesait sur l'entreprise; elle ne fut point heureuse. On leur doit cependant notre colonie de Cayenne.

Enfin, en 1664, Colbert, voyant la prospérité de la compagnie hollandaise des Indes, fut jaloux de doter la France d'une institution si utile au commerce. C'est sous ses auspices que les compagnies des Indes occidentales et orientales furent organisées.

La compagnie des Indes occidentales reçut dans son sein les débris des compagnies de Saint-Christophe, de Cayenne, du Canada. Le roi fournit le dixième de son capital social (1), il lui concéda en toute propriété, justice, seigneurie, les Antilles, le Canada, l'Acadie, les îles de Terre-Neuve, Cayenne, tout le pays depuis la rivière des Amazones jusqu'à l'Orénoque; elle fut investie du droit d'y faire seule le commerce; quarante-cinq vaisseaux marchands, équipés à ses frais, sillonnaient pour elle les mers; elle avait des villes, des forteresses, des armées. Mais dix ans suffirent à peine à son existence: le roi, voyant qu'elle ne pouvait se soutenir, racheta toutes ses terres, et remboursa toutes ses actions.

La compagnie des Indes orientales, objet des mêmes espérances, eut de moins tristes résultats. Le roi et Colbert y étaient associés; son capital, divisé en actions de mille livres et de mille cinq

(1) Voltaire, *Siècle de Louis XIV*, p. 66.
Savary, v° *Compagnie*.

cents livres, fut porté à plusieurs millions. Le roi versa six millions; la reine, les princes, la cour, fournirent deux millions; les tribunaux supérieurs douze cent mille livres; les financiers deux millions; le corps des marchands six cent cinquante mille livres (1). Elle avait en propriété l'île de Madagascar, et plusieurs vaisseaux de ligne et navires marchands

Mais Madagascar, qu'on avait représenté comme un pays d'abondance et de délices, était habitée par une population féroce et intraitable. L'air y était mortel; il fallut lutter contre l'inclémence du ciel, et l'hostilité des indigènes. A ces mécomptes, vinrent se joindre les infidélités d'agents éloignés qui trompèrent la confiance des directeurs établis à Paris. La compagnie, obligée de quitter Madagascar et de se transporter à Pondichéry, alla en déclinant; ses actions tombèrent au quart. Elle reprit cependant un peu de vigueur en 1687 et 1691; car elle fit à ses actionnaires deux répartitions montant ensemble à 30 p. 0/0 (2). En 1694, la prise de Pondichéry par les Hollandais fit retomber la compagnie dans la langueur; ce ne fut que sous la régence qu'elle prit de nouvelles forces (3).

D'autres compagnies dirigèrent leurs vues vers l'Afrique.

Celle du Bastion de France fut autorisée en 1673 pour la pêche du corail;

---

(1) Voltaire, *loc. cit.*
(2) Savary, v° *Compagnie.*
(3) Voltaire, t. 17, p. 60.

Celle du Sénégal, dans la même année, pour le commerce de la gomme;

Celle de Guinée en 1685 pour le commerce de la poudre d'or, de l'ivoire, et pour la traite des noirs (1). Cette dernière fut la seule qui ne fut pas ébranlée par les guerres de Louis XIV et les crises du commerce. L'exportation des nègres pour l'Amérique française et espagnole, entretint l'activité de ses opérations et la source de ses profits.

Tels furent les efforts tentés dans le XVIIe siècle pour la colonisation; ces essais ne furent pas toujours heureux pour la France : le résultat ne répondit pas à l'idée. Mais l'idée était grande et neuve. La colonisation n'est plus une entreprise militaire, conduite par l'épée et soutenue par des légions; c'est une œuvre pacifique et commerciale : le but est moins de conquérir, que de s'étendre par le négoce et pour le négoce; on ne lève pas des armées, on enrôle des sociétés de marchands. Le belliqueux Louis XIV, lui qui a dit en mourant : « J'ai trop fait la guerre », ne veut pas de la guerre pour coloniser; il aime mieux des comptoirs que des camps, des compagnies d'actionnaires que des régiments. Continuateur de Richelieu pour la destruction de la féodalité, il crée, comme cet habile ministre, de grands fiefs pour le commerce; il lui donne le droit de faire trafic des îles et des royaumes, sous la condition de foi et hommage; et la société commerciale ne régit pas seulement de

(1) Savary, v° *Compagnie.*

M. Monteil; *Histoire des Français des divers états.* T. 7, p. 166, ch. *des Actionnaires.*

grandes affaires, elle régit de grands empires. C'est cette belle conception qui a fait dire à Montesquieu (1) : « Il y a des peuples qui se sont conduits « avec tant de sagesse, qu'ils ont donné l'empire « *à des compagnies de négociants*, qui, gouver- « nant les états éloignés uniquement pour le né- « goce, ont fait une grande puissance accessoire « sans embarrasser l'état principal. » Si la France n'a pas tiré de cette idée tout le parti convenable, il faut s'en prendre à d'autres causes qu'à l'idée même ; car on sait ce qu'elle a produit entre les mains de la Hollande et de l'Angleterre.

Quoi qu'il en soit, reconnaissons que l'esprit d'association a reçu de Louis XIV une énergique impulsion, et ce prince a pu dire avec orgueil dans le préambule de son ordonnance de 1673 sur le commerce :

« Nous avons, depuis plusieurs années, appliqué « nos soins pour rendre le commerce florissant « dans notre royaume ; c'est ce qui nous a porté « premièrement à ériger parmi nos sujets *plusieurs* « *compagnies*, par le moyen desquelles ils tirent « présentement des pays les plus éloignés, ce qu'ils « n'avaient auparavant que par l'entremise des « autres nations. »

Cette ordonnance de 1673 contient elle-même un titre qui traite de la société de commerce ; elle a été très-utile à notre code de commerce. Avant et après elle, et dans tout le cours du XVIIe siècle, la France est entrée dans des entreprises qui lui ont fait comprendre la puissance de l'association et le

(1) *Esprit des Lois*, liv. 21, ch. 21.

jeu de ses ressorts. Les trois grandes espèces de sociétés sur lesquelles l'association commerciale pivote aujourd'hui, quel que soit le nom qu'elles aient eu, ont pénétré alors dans la pratique; elles ont fonctionné avec avantage, et le législateur moderne, plus classificateur qu'inventeur, a eu peu de chose à faire pour leur donner plus de régularité, et les soumettre à un ordre plus précis. D'abord, les sociétés ont entrepris de vastes travaux de desséchement : c'est par là qu'elles ont ouvert le XVIIe siècle, sous la direction de Sully, qui aima mieux l'agriculture que l'industrie (1); puis, elles ont colonisé; et soutenues par Richelieu et Colbert, elles ont porté dans le nouveau monde la civilisation, le commerce et l'influence de la métropole; ensuite, elles sont venues au secours de la marine, tantôt en armant des vaisseaux (2), tantôt

(1) Henri IV, avril 1599. (Isamb., p. 213, t. 16) En voici l'extrait.

Le plus grand gain des peuples, procède de l'agriculture.

Donc, la paix régnant, nous avons voulu donner à nos sujets le moyen d'augmenter ce trésor.

Sachant qu'en plusieurs de nos provinces et pays, *le long des mers de l'un et l'autre côté*, des grosses et petites rivières, et autres endroits, il y a grande quantité de palus et de marais, qui tiennent le pays désert et incommodent les habitants, lesquels, s'ils étoient desséchés, pourroient servir au labour et au pâturage.

Pour à quoi parvenir, ne s'étant trouvé aucun de nos subjets qui nous en ait fait offre, soit à raison des grandes difficultés, risques et despenses, soit autrement,... et pour obvier aux grandes inondations qui adviennent souvent, ruinent plusieurs terres et maisons, voire des villages entiers, comme il est, à notre grand regret, naguère advenu en nos provinces de Poictou, Bourdelois, Saintonge, Bretagne, et autres;

Sur l'avis qui nous a été donné de la grande suffisance, expérience et

(2) L'ord. de Louis XIII, de 1629, ordonna que tous les gentilshommes qui, par eux ou par personnes interposées, entreraient *en part et sociétés de vaisseaux*, ne dérogeraient pas à la noblesse.

en protégeant la navigation contre les dangers de la mer. Je citerai la compagnie d'assurance contre les risques maritimes, due à Louis XIV (1). Enfin, elles se sont appliquées à l'industrie et à la fabrique; c'est à une société qu'on doit les premières

---

pratique de notre bien-aimé le S. Honfrey Bradley, de Bergues-sur-le-Ron, au duché de Brabant, l'avons fait venir....

Il a examiné les lieux;

Il se charge du desséchement à ses frais, coûts, risques et périls;

A des associés.

Le roi lui donne, ainsi qu'à sa société, *la moitié des terres* desséchées et mises en valeur.

Il s'entendra avec les propriétaires.

La majorité fera loi à la minorité.

Autre édit. de 1607 d'Henry IV (Isambert, p. 313), qui confirme le précédent.

Bradley s'est mis en devoir d'exécuter; mais a été arrêté par traverses, procès, opposition et procédure.

Bradley s'est associé avec des personnes de qualité, de mérite, d'industrie, *et de grands moyens*, entre lesquels *Hierosme de Cosmans*, notre conseiller et maître d'hostel ordinaire; Marc de Cosmans, les enfants de défunt Gaspard de Cosmans, *gentilshommes du pays de Brabant;* François de Laplanche, *gentilhomme flamand*, et Hierosme Vanuffle, gentilhomme brabant, tant pour eux que pour leurs autres associés.

Ils sont résolus à poursuivre leur entreprise, à mettre ces marais en culture; à y faire bâtir des maisons, villages; y faire venir des familles de Flamands, Hollandais et autres étrangers pour faire valoir ces terres.

Confirme l'édit de 1599 et règle les profits attribués à Bradley et *à l'association*.

Avons l'association pour agréable; *permettons à tout noble et ecclésiastique d'y entrer sans déroger.*

Permettons l'introduction des bestiaux étrangers, pour en peupler lesdits marais desséchés.

Accordons aux familles le privilége pendant vingt ans de faire seules le fromage à la *manière de Milan;* turbes et houilles de terre propres à brûler, comme aussi d'y faire venir des cannes à sucre, du riz, de la garance.

Au surplus, nous parlerons plus bas de l'Association du Trebon en 1563, et du traité fait en 1642, avec Van-Ems.

(1) J'en parle *infra*, sur le com. de l'art. 1842, paragraphe de la société en commandite.

manufactures de glaces, dont les produits surpassèrent bientôt ceux de Venise (1). Dans toutes ces sociétés, et autres qu'il serait infini d'énumérer, le capital social est divisé en actions; l'action industrielle est désormais acceptée comme une valeur spéciale, comme un placement ayant ses avantages particuliers. Ecoutons un auteur qui écrivait au commencement du règne de Louis XV, Melon, dans ses *Essais politiques sur le commerce* (2) : « La circulation des fonds est une des grandes richesses « de nos voisins; leurs banques, leurs annuités, « *leurs actions*, tout est en commerce chez eux. Les « fonds de notre compagnie seraient comme morts, « dans le temps que les vaisseaux les transportent « d'une partie du monde dans l'autre, si par la re- « présentation des actions sur la place, ils n'avaient « une seconde valeur, réelle, circulante, libre, non « exigible, et par conséquent non sujette aux in- « convénients d'une monnaie de crédit, et en ayant « néanmoins les propriétés essentielles. Nous ne pré- « tendons pas dire que l'actionnaire soit plus utile à

---

(1) Octobre 1665, sous le ministère de Colbert, lettres patentes qui accordent à Nicolas Dunoyer le privilége exclusif pour vingt ans de *souffler* des glaces, avec la faculté de *s'associer* pour cette entreprise qui bon lui semblera, noble, ecclésiastique, ou autres, sans déroger.

Dunoyer associa à son privilége Ranchin, de Saint-Maurice et Poquelin. (V. Savary, Dict., v° *Glaces*.)

Le 14 septembre 1688, des lettres patentes donnent un privilége à la compagnie Thevart pour *couler* les glaces.

Le 19 avril 1695, les deux compagnies sont réunies en une seule, sous le nom de Plastrier. Elle fait de mauvaises affaires.

Octobre 1702, autre compagnie autorisée sous le nom d'Antoine d'Agincourt; elle recueille de grands bénéfices de ses usines établies à Saint-Gobin et près de Cherbourg. (Savary, *loc. cit.*)

(2) P. 77.

« l'état que le rentier ; ce sont des préférences odieu-
« ses de parti, dont nous sommes bien éloignés. L'ac-
« tionnaire reçoit son revenu comme le rentier le
« sien ; l'un ne travaille pas plus que l'autre, et l'ar-
« gent fourni par tous les deux, pour avoir une ac-
« tion ou un contrat, est également applicable au
« commerce ou à l'agriculture. *Mais la représen-*
« *tation de ces fonds est différente ;* celle de l'ac-
« tionnaire ou l'action *n'étant sujette à aucune for-*
« *malité*, *est plus circulante*, produit par là une
« plus grande abondance de valeurs, et est d'une
« ressource assurée dans un besoin pressant et im-
« prévu. Le contrat a des propriétés d'un autre
« genre d'utilité ; le père de famille ne peut laisser
« sans danger des actions à des héritiers mineurs,
« souvent dissipateurs ; il laisse des contrats qui
« ne sont pas sujets au vol et dont on ne peut pas
« se défaire de la main à la main. Ces contrats as-
« surent et manifestent les biens d'une famille,
« procurent du crédit et des établissements. Enfin,
« *il est bon qu'il y ait en France de ces deux espèces*
« *de fonds*, selon le génie et le talent de chacun, et
« *il paraît également pernicieux de vouloir tout ré-*
« *duire à l'un des deux*.

« L'annuité est un papier commun en Angle-
« terre, qui participe également du contrat, de l'ac-
« tion et de la rente tournante. Elle a, comme le
« contrat, un revenu fixe, sur des droits aliénés ;
« elle a, comme *l'action*, la *faculté* d'être *négociée*
« de *la main à la main*, *parce qu'elle est au porteur ;*
« elle a, comme la rente tournante, un rembourse-
« ment annuel sur le capital jusqu'à extinction. »

Ainsi parle Melon. On ne tiendrait pas aujourd'hui un langage plus raisonnable. C'était alors Amsterdam et la Hollande qui faisaient le commerce le plus important sur les actions. La bourse, gouvernée par de bons règlements et une sage police, était constamment occupée par une vicissitude d'achats et de reventes, qui produisait des bénéfices considérables (1).

Au XVIIIe siècle, le crédit français fut soumis à une grande épreuve. La fameuse banque de Law, constituée en société par actions (2), acquit le privilége de la compagnie des Indes orientales, et se chargea en même temps des fermes générales du royaume (3). Toutes les finances de l'état, dit Voltaire, dépendaient d'une compagnie de commerce (4).

Les actions de cette compagnie eurent d'abord un succès qui tient de la fureur. Elles montèrent à vingt fois au delà de leur valeur première. La circulation des billets doubla, quadrupla la richesse nationale, et le commerce des actions dans la rue Quincampoix improvisa des fortunes immenses. Jamais la confiance dans le crédit n'avait été si aveugle; jamais l'agiotage n'avait été poussé jusqu'à ce délire (5).

On sait ce qui arriva. Le système de Law s'é-

(1) Savary, Dict., v° *Action*.

(2) Elle fut établie sur le modèle de la banque d'Angleterre; la grande banque d'Angleterre date de 1694 : l'idée de cette institution commerciale vient de Venise.

(3) Volt., t. 17, p. 264.

(4) *Id.*

(5) Savary, v° *Action*.
Volt,, *loc. cit.*

croula sous sa propre exagération. Il ruina la France et son auteur. De ses débris il ne resta que la compagnie des Indes, qui conserva le commerce et le nom français à Pondichéry et sur les bords du Gange (1), mais qui, bien que soutenue par les efforts du trésor public, ne put réussir à donner des dividendes à ses actionnaires (2).

La frénésie du jeu des actions passa de France en Angleterre et en Hollande. On créa des compagnies de dupes et des commerces imaginaires. La banqueroute, les vols publics, les fraudes privées bouleversèrent les fortunes. Les charlatans seuls gagnèrent à ce jeu (3).

D'Aguesseau, pressentant ces désastres, écrivit un long mémoire dans lequel il essaya de prouver que le commerce de la compagnie des Indes roulait sur un gain vicieux et injuste; qu'il était contraire au bien de l'état, en ce qu'il engendrait de fausses richesses et diminuait le nombre des travailleurs; qu'il compromettait les fortunes privées et poussait au luxe et à l'augmentation des dépenses ; qu'il engageait la conscience des personnes honnêtes et était funeste à la bonne foi, etc., etc. (4). Envisagée au point de vue relatif au système de Law, cette dissertation est d'un jurisconsulte intègre et éclairé ; mais si l'on étendait les principes qu'elle contient au commerce des actions en général, on

---

(1) Volt., p. 269 et 460.
(2) Maintenant le pavillon français a disparu des mers de l'Indostan.
(3) Volt., t. 17, p. 270.
(4) T. X de ses œuvres, p. 179 et suiv.

étoufferait le crédit sous les subtilités du casuiste timoré.

Aussi les actions sont-elles restées dans l'organisation des sociétés, comme une combinaison utile et honnête. Les abus, qui en ont été faits dans des moments de vertige, n'ont pas été rétorqués contre elle par les économistes intelligents, par les négociants expérimentés; car, au fond, le principe en est ingénieux et fécond. Avant la révolution, elles étaient dans les entreprises les plus sages, les mieux assises, les mieux famées. Il y en avait dans les mines (1), dans les canaux, dans les manufactures d'armes (2), dans les fabriques de glaces (3), dans les armements de navires (4), dans les exploitations de voitures publiques, dans les sous-fermes (5), etc., etc.

Nous voici en présence de la révolution de 1789. Comme la plupart des grandes compagnies étaient investies de priviléges dans telle ou telle branche de commerce, les nouveaux principes de liberté commerciale portèrent atteinte à leur prospérité.

La Convention ne leur fut pas favorable. Sa main terrible s'appesantit sur les compagnies de finance.

Mais, à la renaissance d'un ordre de choses

---

(1) Arrêt de Liége, dans la collection Dalloz, v° *Société*, p. 141. Édit de février 1722, qui autorise l'établissement d'une *compagnie*, pour travailler les mines du royaume. (M. Delebecque, *Traité des mines*, t. I, n° 482.)

(2) Quest. de droit de M. Merlin, v° *Action*, § 1.

(3) *Id.*, p. 103, col. 2.

(4) M. d'Aguesseau, *Mémoire sur le commerce des Actions*, p. 247.

(5) Plaidoyer de Joly de Fleury, Quest. de droit, *loc. cit.*, p. 103.

moins violent, les mêmes besoins ramenèrent les mêmes combinaisons. Le Code civil et le Code de commerce trouvèrent d'imposantes sociétés, organisées dans des conditions très-variées pour de grandes manufactures, pour des entreprises lointaines, pour les armements maritimes (1). Et, par exemple, l'action industrielle était une valeur tellement accréditée, que le Code civil a cru nécessaire de porter une disposition spéciale pour la classer parmi les meubles, suivant la doctrine professée autrefois par l'avocat général Joly de Fleury, et consacrée par les arrêts des parlements. Les sociétés collectives et en participation, les sociétés en commandite divisées par actions (2), les compagnies d'actionnaires dont on a fait plus tard les sociétés anonymes, toutes ces formes de la société étaient en possession du commerce de terre et de mer; et, sans avoir l'activité qu'une longue paix a donnée aux entreprises commerciales, elles s'exerçaient sur un champ qui était loin d'être dépourvu de fécondité.

J'ai cependant lu dans les débats d'une de nos grandes assemblées politiques, qu'en 1806, époque placée entre le Code civil et le Code de commerce, et où fut promulgué le Code de pro-

(1) Observ. du Trib. de commerce de Saint-Brieuc : « En temps de « guerre, les corsaires ne s'arment que par actions. On est dans l'usage « de former des compagnies d'actionnaires pour les grandes manufac« tures, pour les entreprises lointaines. » (Analyse raisonnée des observ. des tribunaux, t. 2, 2e partie, p. 442.)

(2) On lit à la page 19 de ce recueil : « Les entreprises maritimes pour « les voyages de long cours se font souvent par *association en commandite divisée par actions.* »

cédure civile, *les actions industrielles et commerciales n'existaient pas; qu'on n'en connaissait même pas le principe* (1). Et ces propositions n'ont pas rencontré de contradicteurs!!

Mais quelque grande que soit à nos yeux l'autorité des jurisconsultes qui les ont émises, je ne puis cependant les accepter comme exactes. Les faits, examinés dans leur enchaînement et leur réalité, ne sauraient s'y plier. Ils démontrent qu'il y a là dessous quelque erreur de statistique, ou quelque méprise sur une époque déjà bien éloignée de nous. La vérité est que le législateur du Code civil et du Code de commerce, en réglant les conditions des sociétés par actions, ne s'est pas aventuré dans une région inconnue; qu'il n'a pas hasardé une innovation dont l'avenir seul a pu révéler les avantages ou les inconvénients. L'expérience avait été faite; depuis des siècles, l'institution marchait; elle avait eu ses moments de crise à côté de ses heures de prospérité; elle était passée par les principales épreuves qui peuvent éclairer la prudence du législateur. Je tiens à constater ces précédents qui mettent nos codes dans leur véritable cadre, parce que naguère, après certaines surprises de l'agiotage, les

(1) *Moniteur* du 30 mars 1842, séance de la Chambre des pairs, p. 619, Discussion sur la vente forcée des actions industrielles.

Un orateur disait : « En 1806, époque à laquelle a été fait le Code « de procédure, *les actions industrielles et commerciales n'existaient* « *pas.* »

Un autre ajoutait : « Vous savez dans quel état se trouvait l'industrie « en 1806; *il n'y avait pas d'actions industrielles*, *on n'en connaissait* « *même pas le principe.* »

esprits émus s'en sont pris trop légèrement à la loi des erreurs des hommes. Par suite de cette idée trop répandue, que les grands faits économiques sont une nouveauté dans le droit; que l'association est un besoin tout récent du développement des intérêts commerciaux, on a cru que la loi était trop faible, trop peu méditée eu égard à l'essor immense de la spéculation moderne; on l'a accusée de s'être laissé prendre au dépourvu, de s'être laissé déborder par des circonstances plus fortes que ses étroites prévisions. Alors, au lieu de faire le procès aux intrigants devant la police correctionnelle, on a fait le procès au Code devant les Chambres. Les projets de réforme ont pullulé. Leur point de départ était que l'association était la grande puissance du jour, qui allait tout embrasser dans un mouvement inouï; que la commandite, sa fille privilégiée, allait attirer à elle la masse principale des capitaux, et devenir le nerf des affaires de toute espèce. Il s'agissait donc de renverser les combinaisons de notre Code de commerce; d'inventer des principes nouveaux pour une ère commerciale qu'on croyait nouvelle; de donner une charte à la commandite, à cette reine ambitieuse de l'industrie, à cet agent miraculeusement découvert pour régénérer l'économie commerciale. Dans tout cela, il y avait bien des choses qu'on oubliait. La première, c'est que les esprits étaient malades, et l'on prenait une fièvre passagère pour un état normal. On n'apercevait pas que, dans notre siècle, l'esprit individuel a trop d'énergie pour laisser l'association empiéter

sur ses domaines et prendre la direction trop exclusive des intérêts privés ; que cette faveur de la société en commandite était une œuvre factice et non une œuvre de nos mœurs, qui, je le répète, se plient difficilement au joug de l'association ; qu'en un mot, toute cette agitation avait pour cause un caprice momentané, une boutade bizarre, dont la réflexion devait faire justice au bout de quelques mois d'infatuation.

> « Hi motus animorum, atque hæc certamina tanta,
> « *Pulveris exigui jactu*, compressa quiescent (1). »

Et c'est en effet ce qui est arrivé après l'apprentissage d'un certain nombre d'étourdis qui ont servi d'exemple au public ; c'est même ce qui serait arrivé probablement plus tôt, si les rigueurs de la loi pénale se fussent sévèrement appesanties sur les auteurs de tant de projets basés sur l'imposture et sur un crédit imaginaire. Mais ce que l'on avait surtout le tort d'oublier, c'est l'histoire, dans laquelle on aurait vu que le passé n'est pas aussi petit, aussi dépourvu de grandes tentatives commerciales et de grands faits économiques, que l'on se l'imagine. Comment ! nous nous émerveillons de ce que l'on met en action des mines, des fabriques, des brevets, des journaux ; mais il y a deux siècles qu'on mettait en actions des îles, des royaumes, presque tout un hémisphère !! Nous crions au miracle parce que des centaines de commanditaires viendront se grouper autour d'une entre-

(1) Virgile, *Georgic.*, 4.

prise; mais déjà, au XIVe siècle, la ville de Florence tout entière était commanditaire de quelques négociants qui poussèrent aussi loin que possible le génie des entreprises!!

Puis, si nos spéculations sont mauvaises, si nous avons été téméraires, imprévoyants ou crédules, nous tourmentons le législateur de nos réclamations tracassières; nous lui demandons des prohibitions, des nullités. Dans notre manie de tout réglementer, même ce qui est déjà codifié; de tout enchaîner par des textes revus, corrigés et augmentés; de tout administrer, même les chances et les revers du commerce, nous nous écrions, au milieu de tant de lois existantes: *Il y a quelque chose à faire.* En cela encore nous ne sommes qu'imitateurs. Qu'on lise le mémoire de d'Aguesseau sur le *commerce des actions.* Il fut écrit sous le coup de la tempête, et porte l'empreinte de la frayeur. L'illustre auteur aurait pu se plaindre sans doute de ce que ce commerce, réglé dans d'autres pays par de bonnes lois, avait été livré par l'incurie du régent à toute la licence d'un jeu effronté. Mais d'Aguesseau se laisse entraîner à des idées plus tranchantes, et ses principes vont jusqu'à l'abolition même du commerce des actions; en sorte que si l'on eût dû les prendre à la lettre, il aurait fallu fermer la bourse d'Amsterdam, et ruiner le crédit de la Hollande. Bien plus! à l'heure qu'il est, il faudrait murer les portes de la Bourse de Paris, ce soutien nécessaire du crédit français.

Tels sont les dangers des résolutions prises pendant la panique. Ainsi ne faisaient pas nos

maîtres en matière de commerce, dont l'exemple est bon à citer, parce qu'il est bon à suivre. Quand une faillite venait consterner Florence, on murmurait en baissant la tête, et Villani blâmait avec amertume la témérité des spéculateurs; mais il ne blâmait pas la loi, innocente des écarts des hommes et des crises du commerce. Mais aussi quand les entreprises prospéraient, la fierté italienne se réveillait, et Muratori vantait le génie, l'amour des grandes choses qui inspirait le commerce de sa nation.

Heureusement que tous les projets de changements mis au jour en 1837 et 1838 avec tant de fracas, sont aujourd'hui oubliés. Le conflit des propositions, et l'anarchie des opinions réformistes ont amené des résultats négatifs. En même temps que la réaction s'opérait contre les agioteurs, le bon sens public faisait justice de tant de plans officiels d'organisation, beaucoup moins sages que la loi existante, beaucoup moins en harmonie avec les usages du commerce, beaucoup moins libéraux après 1830, que les conceptions du conseil-d'état impérial! (1) Maintenant, tout est rentré dans l'ordre, et le Code de commerce a conservé son intégrité, son excellente intégrité. Lorsque le commerce en a besoin, il y trouve à côté de la société collective, de la société en participation, de la société anonyme, la commandite libre, tempérée seulement par la prudence des commandi-

(1) Voyez le projet de loi présenté par le gouvernement à la Chambre des députés le 15 février 1838.

taires et par les articles du Code pénal sur l'escroquerie. On ne la soumet pas à une autorisation du gouvernement, qui ne serait qu'une confusion de la société anonyme et de la société en commandite, ces deux faces si diverses de l'esprit d'association; à une autorisation, dis-je, qui serait pour les affaires une cause de lenteur, d'embarras, de craintes, et qui d'ailleurs ne ferait que distraire l'administration de desseins plus élevés, et compromettre sa responsabilité, sans ajouter aux garanties du public. La société en commandite reste, sous le rapport de sa liberté, ce que l'a faite si justement l'Empire, après une sérieuse élaboration de la question, après un scrupuleux examen des doléances des tribunaux de commerce (1). Et, d'ailleurs, est-ce donc que l'extension de l'administration supérieure aux affaires du commerce privé, est un préservatif infaillible contre la ruine des sociétés? Plus d'un établissement créé par lettres-patentes a fait de mauvaises affaires (2); plus d'une société anonyme autorisée par ordonnance a fait faillite, et trompé le gouvernement et les tiers (3). L'intervention de Colbert dans la compagnie des Indes, n'a pas empêché les faiseurs de prospectus et les vendeurs d'actions, de vanter la terre promise de Madagascar, la salubrité de son climat, la richesse intarissable de ses

---

(1) V. *Analyse raisonnée* des Cours et Tribunaux.

(2) V. Savary, v° *Glaces*, l'historique des manufactures de glaces établies par Colbert et Louvois.

(3) On en pourrait citer beaucoup. M. Vincens, *des Sociétés par actions*, p. 47. M. Wolowski, *des Sociétés par actions*, p. 21.

produits (1). Dans l'ancien régime, c'était le gouvernement qui accordait les permissions d'exploiter les mines, et néanmoins combien de fois n'a-t-on pas vu l'agiotage souiller l'émission de leurs actions (2)! La banque royale était dans la main du duc d'Orléans; on sait cependant les fraudes de la rue Quincampoix!

La commandite jouit donc, grâce au Code de commerce, de la liberté qui lui est nécessaire, et qui l'a rendue si florissante entre les mains des négociants de l'Italie, de nos armateurs, de beaucoup d'industriels prudents, qui travaillent sans bruit, et dédaignent les forfanteries de l'agiotage. Elle conserve aussi ses actions nominatives ou au porteur; car le commerce en a consacré l'usage par une pratique qu'on peut d'autant moins lui enlever, que ce sont des valeurs qui augmentent la circulation et ajoutent à la richesse publique. Quant à moi, je m'applaudis de ce *statu quo*. Convaincu, comme je le suis, que notre loi sur les sociétés civiles et commerciales, est le fruit d'une longue expérience; qu'elle a été mûrie par les épreuves les plus décisives, par les combinaisons pratiques les plus variées et les plus ingénieuses; qu'elle est la formule de tout ce que le passé a accumulé de faits considérables, en économie et en industrie, j'ai foi en sa sagesse; et quoique je reconnaisse en elle quelques défauts secondaires,

---

(1) M. Monteil, *loc. supra citato*.

(2) Voyez le *Moniteur* du 19 novembre 1841, art. de M. Chappe, chef de la division des mines au ministère des travaux publics.

je ne me laisse pas aller à des désirs de changement plus rétrogrades que progressifs; je me contente d'en appeler à la jurisprudence pour tous les cas où il lui est permis de corriger des contours vicieux, des traits sans harmonie. Si ces observations sont de nature à répandre cette conviction; si elles peuvent environner la loi du respect dont elle a besoin pour demeurer stable dans l'esprit de la nation, cette dissertation ne sera pas un hors-d'œuvre, et l'histoire qui en fait la base apparaîtra comme quelque chose de plus sérieux qu'un ornement scientifique.

P. S. J'ai réuni dans ce travail la société civile et la société commerciale. Il n'est pas possible, en effet, d'avoir l'intelligence de l'une sans étudier l'autre. La raison en a été donnée par le tribunal d'appel d'Orléans, dans ses observations sur le Code de commerce. « Le « Code de commerce peut être considéré comme l'ap- « pendice du Code civil (1). »

(1) T. I, p. 217.

CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE IX :

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ,

DÉCRÉTÉ LE 8 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 18 DU MÊME MOIS.

CHAPITRE I[er].

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

ARTICLE 1832.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

SOMMAIRE.

1. Le mot *société* a, en droit, différentes acceptions.
2. Mais, dans le titre du Code civil, il sert à signaler un rapport particulier, dont l'utilité est journalière.
3. Définition de ce rapport; description du contrat *de société*.
4. Il met une chose en commun.
5. Suite et renvoi à l'art. 1833.
6. Il doit avoir pour but de faire un bénéfice et de le partager; ceci est surtout caractéristique.
7. L'ancien droit, quoi qu'on en ait dit, a eu très-énergiquement conscience de cette condition de la société.

8. Preuves tirées des auteurs, des lois romaines, de l'esprit de notre ancien droit.
9. Il n'est pas vrai non plus que jadis on ait fait confusion de la société et de la communauté.
10. Si l'ancien droit voulait qu'à côté de l'union des biens on attachât une grande importance à l'union des personnes, ce n'était pas qu'il accordât trop *au sentiment*, il faisait de l'*intérêt* bien entendu.
11. Conclusion,
12. De la nature du bénéfice que la société a pour but de procurer. Est-ce seulement un bénéfice pécuniaire, ou bien aussi un avantage moral?
13. L'avantage ne peut être purement moral; mais il est bénéfice, dans le sens de la loi, quand il est appréciable en argent. Association pour procurer à deux maisons une vue pittoresque.—Association pour avoir un équipage en commun.—Association pour se créer un lieu de promenade.
14. Les associations pour se défendre d'un dommage, mais non pas pour faire un bénéfice, ne sont pas de vraies sociétés.—Des assurances mutuelles et autres analogues.
15. *Quid* des sociétés de *conserve* ou *de navigation*. L'espoir du gain y étant mêlé au besoin de la défense, elles sont des sociétés caractérisées. *Quid*, des sociétés territoriales contre le mauvais air et pour les déssèchemens.
16. Le contrat de société veut de plus que le bénéfice soit fait en commun et qu'il soit partagé.
17. Sens du mot *partager*.
18. Conclusions sur la définition de l'art. 1832. Pourquoi cet article ne parle pas de l'obligation de partager la perte. Réfutation des reproches qui lui ont été adressés à cet égard.
19. Comparaison de la société avec d'autres contrats et d'autres rapports analogues.
20. Parallèle de la société et de la *communauté*.
21. La différence de la société et de la communauté ne consiste pas en ce que la société est un contrat et la communauté un quasi-contrat. La communauté peut aussi être conventionnelle.
22. Véritable signe différentiel de la société et de la communauté. La communauté est un état passif; mais la société s'en sert comme d'un instrument pour poursuivre un but commun et réaliser des bénéfices.

58. La société forme une personne morale capable de posséder. Diversité des opinions à cet égard.

59. Examen de la question d'après le droit romain. Opinion de Florentinus et d'Ulpien.

60. Exemple tiré des sociétés pour le recouvrement de l'impôt. La personne morale y était surtout manifeste.

61. Moins énergiquement dessinée dans les autres sociétés, elle n'y était pas moins réelle. Preuves. Examen d'un texte de Paul et d'un passage de Cicéron.

62. Suite.

63. Objection tirée de la loi. 13, § 1, D. *Præscriptis verbis*, et réponse.

64. D'autres écrivains, dont l'auteur partage au fonds l'opinion, ont donné des raisons qu'il repousse.

65. Les principes du droit romain ont paru de bonne heure dans les écrits des interprètes; mais on les retrouve de toute antiquité dans les sociétés agricoles qui couvrirent la France au berceau de la monarchie.

66. Il ne faut donc pas croire que les sociétés de commerce forment seules une personne morale.

67. Arrêt de cassation topique pour les sociétés civiles.

68. Erreur de M. Toullier qui s'est élevé contre la personnification des sociétés civiles et commerciales.

69. Suite et réponse à l'objection tirée de ce que des particuliers ne peuvent créer des êtres intellectuels.

70. Du reste, cette personnification est une *fiction*. Il ne faut pas la pousser à l'excès. Sous certains rapports, les associés restent copropriétaires.

71. A ce sujet, l'auteur combat une opinion d'Émerigon; il pense que, *dans certains cas*, l'assurance prise pour *Rolland et comp.* peut couvrir les marchandises appartenant positivement à *Rolland*. Sentence de l'amirauté de Marseille conforme à cette opinion.

72. Corollaires de la règle que la société est un être de raison distinct des associés.

73. 1° Effet de cette règle entre les associés et la société. Un associé ne peut compenser avec la société dont il est débiteur ce que lui doit un coassocié.

74. La faillite de la société n'entraîne pas nécessairement et de plein droit la faillite des associés. Évidence de cette règle pour les sociétés en commandite.

COMMENTAIRE.

1. Le mot *Société*, pris dans son acception la plus large, s'éloigne beaucoup du sens restreint que lui donne l'art. 1832 du Code civil. Non-seulement il s'applique aux réunions d'hommes, vivant en corps de nation, sous l'influence des mêmes lois et d'une même civilisation; mais il comprend encore toute communion de choses matérielles ou intellectuelles, toute participation à des intérêts, à des affections, à des plaisirs mis en commun (1). C'est dans ce sens que les époux sont appelés associés : *Socii* (2); que la communauté opérée par le fait de l'homme ou par le fait de la nature est nommée société par les lois romaines (3), quoiqu'il y ait une différence

(1) Felicius *De societate*, Prœmium, n° 30.

(2) Bartole sur la loi *Divortio*, § *Interdum*, n° 3 et 4, D. *Soluto matrim*; Felicius, *loc cit.*, n° 24. La Genèse dit (c. 3) : *Mulier quam dedisti mihi* SOCIAM, Voyez aussi l. 4, c. *De crim. expilatæ hæredit.* L'art. 1525 (C. c.) qualifie les époux d'*associés*.

(3) L. 19 et 34, D. *De servit rustic.*; Brisson, *De verb. signif.*, v°

notable entre la société qui fait l'objet de ce titre et la simple communauté (1). Balde appelle aussi sociétés les cercles de plaisirs et de distractions, les associations formées pour de bonnes œuvres (2). Cette appellation trouve sa raison dans les lois romaines (3), qui se servent du mot *societates* pour désigner les colléges et corporations d'artisans (4), et autres, que la jalousie du gouvernement surveillait avec attention, qu'elle n'autorisait qu'avec réserve, mais qui, une fois constituées en corps par les lois et les sénatus-consultes (5), prenaient l'existence d'une personne morale, étaient capables du droit de propriété, avaient des représentans nommés défenseurs (6), pouvaient posséder une caisse commune (7), affranchir leurs esclaves, etc. — Dans le même sens, nous appelons encore aujourd'hui du nom de sociétés les associations littéraires ou philanthropiques (8) qui, sous l'autorisation du magistrat, se réunissent à

Socii. M. Treilhard s'est aussi servi de cette qualification; *infrà*, n° 20.

(1) C'est pourquoi Justinien dit dans ses Inst., *De oblig. quæ quasi ex contractu* § 3 : Item si, inter aliquos, res communis sit *sine societate*.

(2) Sur la rubriq. du c. *Pro socio* et n° 6.

(3) Societas, collegium, corpus. Collegia pistorum. Quibus autem permissum est corpus habere *collegii*, *societatis*. Voyez Caius, l. 1 et § 1, D. *Quod cujusc. univers.*; Junge Ulp., l. 3, § 4, D. *De bonor. possess.*

(4) Ambubajarum collegia. Hor., *Satyr.* 2. Collegia pistorum; Caius, l. 1, D. *Quod cujus. univ.*

(5) Lois précitées. Heineccius, *De collegiis et corporibus*, t. 2, p. 367, Brisson, *Ant quit.*; lib. 1, c. XIV, rappelle la législation sur les colléges illicites, et cite les exemples de répression; Bodin, liv. 3, chap. dernier; Loyseau, Office, liv. 5, chap. 7.

(6) *Id.*; c'est ce qu'en France on appelait *syndics*.

(7) *Id.*

(8) Société philotechnique, philomatique, société d'encouragement, etc.

jour fixe pour s'occuper de travaux utiles ou d'arts d'agrément.

Le mot société est donc un terme générique qui embrasse des rapports très-divers, depuis l'indivision accidentelle de choses matérielles jusqu'à l'union réfléchie de deux existences dans le lien indissoluble et sacré du mariage.

2. Mais, sur ce fonds commun, il est un rapport qui se détache de tous les autres, comme l'espèce se distingue du genre, et dont la place est marquée par des signes propres et saillans ; c'est la combinaison par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de faire un bénéfice et de le partager. De là, le contrat connu dans la science du droit sous le nom de contrat *de société*. L'importance en est considérable; il joue un rôle principal dans les développemens des intérêts civils et commerciaux. Il est un puissant auxiliaire pour l'industrie, le négoce, l'agriculture; il favorise l'exploitation de toutes nos richesses territoriales et manufacturières, en formant une union féconde de la propriété mobilière et immobilière, des capitaux et du travail. Et comme les difficultés sont en proportion des relations multiples dans lesquelles les intérêts se combinent, le contrat de société est un de ceux qui présentent le plus de questions graves et ardues; car nul n'engendre des rapports plus compliqués, nul ne fait naître des points de contact plus variés, nul ne poursuit sa marche à travers des positions plus délicates. Aussi le droit romain avait-il consacré à la société plusieurs titres, riches de préceptes et de détails(1). Nous allons

(1) Inst. *De societate*; Dig., *Pro socio*. Code, id.; Caius, III, inst. 148.

commenter le titre, non moins étendu, dans lequel le C. c. en a exposé les principes.

3. La définition de la société nous arrêtera d'abord. Felicius a passé en revue toutes celles que la science avait données avant lui (1). Quoiqu'elles émanent de Balde, Paul de Castro, Azon, Speculator, Accurse, Cujas, etc., il trouva à chacune des défauts (2). Car, ainsi que le jurisconsulte Javolenus l'enseignait avec tant de bon sens, il est peu de définitions qui échappent à la critique (3). Felicius a hasardé la sienne (4); elle est plus complète que les autres, et l'art. 1832 la reproduit presque identiquement. C'est donc à celle-ci que nous nous attacherons; car elle nous semble satisfaisante, et nous ne chercherons pas à en donner une meilleure (5). Nous nous bornerons à en faire ressortir les traits élémentaires.

Et, d'abord, la société est définie par l'art. 1832 un *contrat*, et ceci est caractéristique. Il y a, en effet, des communautés d'intérêts qui peuvent prendre leur source dans des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté des parties. Telle est la copropriété indivise d'une même chose qui aurait été léguée à plusieurs personnes par un testament (6). Mais la société procède toujours d'un contrat. Sans convention, point de société.

---

(1) *De societate*, c. 1, n° 2.

(2) La plus en vogue était celle-ci : « Societas est duorum plu- » riumve ob commodiorem usum et uberiorem quæstum rationa- » bilis conventio. » C'était celle de la glose, d'Azon, Speculator, etc.

(3) L. 202, D. de reg. juris.

(4) Societas est contractus qui consensu, *rebus*, vel *operibus*, vel *industriâ intervenientibus*, AD COMMUNEM QUÆSTUM, SEU LUCRUM PERFICITUR (loc. cit., n° 4).

(5) Comparez l'art. 264 du Code de commerce espagnol dans la *Concordance* de M. de Saint-Joseph, p. 6.

(6) *Infrà*, n° 20.

Voilà pourquoi Papinien l'appelait *volontarium consortium* (1).

Du reste, nous verrons dans le commentaire de l'article 1834 quelles formes sont nécessaires pour manifester cette volonté.

4. En second lieu, le contrat de société doit toujours mettre quelque chose en commun (2). Il suit de là que toute société engendre nécessairement une communauté. On peut, sans doute, être en communauté sans être en société (3). Il arrive même assez souvent que la communauté survit à la dissolution d'une société (4); mais il est impossible d'être en société sans être en communauté (5).

5. Mais en quoi consiste ce *quelque chose* que l'art. 1832 fait une condition d'apporter dans la société? L'art. 1833 répond à cette question : nous nous en occuperons en le commentant.

6. En troisième lieu, la société doit avoir pour but de faire un bénéfice, et pour condition de le partager entre les associés (6). Nous verrons plus tard que cette

---

(1) 1, 52, § 8, D. *Pro socio;* Doneau, lib. XIII, c. 15, nº 5.

(2) Felicius, c. 1, nº 8, — c. 9, nº 42; *Nulla* societas, ubi nulla intercessit rerum collatio, aut communicatio mutua, dit Doneau, lib. 13, c. 15, nº 3.

(3) *Infrà*, nº 20 et suivans.

(4) Paul, l. 65, § 13, D. *pro socio*.

(5) Non est societas sine communione (Favre, sur la loi 14, D. *Pro socio*) *Infrà*, nº 20; *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 212.

(6) « Finem hanc esse oportet, ut *indè lucrum* fiat in commune. » Ce sont les paroles de Doneau, lib. 13, c. 15, nº 6; et ailleurs : « Societas est rerum aut plurium, aut unius communio, inter ali» quos, *voluntate susceptâ*, *uberioris lucri indè in commune faciendi* » *gratiâ.*» (Sur le Code, *Pro socio*, t. 8, p. 695); et plus bas: « Non » erit societas, nisi communio inita sit, *lucri in commune faciendi* » *causâ*; HOC ENIM PROPRIUM EST SOCIETATIS. (Nº 5.)

fin de toute société est ce qui la distingue de la communauté simple. Ce point est de l'essence de notre contrat; c'est par là que son caractère se précise et se complète.

7. Dans un livre récent, un estimable écrivain (1) a cru que cette condition n'avait pas toujours été placée par les législateurs et par les jurisconsultes au rang qui lui appartient. Suivant lui, nul texte des lois romaines ne la mettait spécialement en évidence; et nos meilleurs auteurs, Pothier, Domat (auxquels il accole Despeisses !!!), ne s'étaient pas assez appliqués à la rendre sensible. On ne comprenait pas suffisamment que la société est plutôt constituée par l'union des biens que par l'union des personnes; on mettait l'union des personnes avant l'union des biens; la législation avait un ton plus sentimental que scienfique. De là, de graves et fâcheuses erreurs; par exemple, on allait jusqu'à confondre, à peu près, deux choses fort distinctes, la communauté et la société; de plus, on n'avait pas su imprimer à la société une organisation hiérarchique. A force de voir des frères, et par conséquent des égaux, dans les associés, on avait laissé l'anarchie se glisser dans l'administration; le gouvernement était à tout le monde, à moins que des stipulations expresses n'eussent prémuni l'association contre le danger de l'absence d'un gérant!

8. Ce tableau, souvent reproduit dans l'ouvrage de M. Duvergier, manque d'exactitude. Voici la vérité :

Aucun jurisconsulte digne de ce nom n'a jamais

Il faut voir aussi Cujas (paratit. sur le Code *Pro socio*) : « Per » societatem induci *communicationem justam lucri et damni.* »

Toutes les définitions rappelées par Felicius insistent, du reste, sur ce point capital (cap. 1, nº 2).

(1) M. Duvergier, *Société*, nº 4.

oublié de mettre en relief cette idée fondamentale et notoire, à savoir, que la société a pour but de procurer des bénéfices. J'ai déjà cité Doneau et Cujas. Faut-il joindre à ces maîtres de la science Vinnius (1), Pérez (2), Conan (3), Voët (4), Wissembach (5), Heineccius (6)? Felicius, dans son Traité de la société, a fait ressortir ce trait avec force (7). Pothier l'a rappelé énergique-

---

(1) Inst., De societate : « Societas est contractus, quo inter ali- » quos, res aut operæ communicantur, *lucri in commune faciendi* » *gratiâ* » ; et plus bas : « Denique... non est satis... communionem » consensu iniri inter aliquos, NISI IN HUNC FINEM *communio in-* » *stituatur*, UT LUCRUM INDÈ IN COMMUNE FIAT (præmium). »

(2) Sur le Code *Pro socio* : Est autem societas contractus consensu initus, quo inter duos pluresve, res ac operæ *circa lucrum* et *damnum* communicantur. N° 1.

(3) Cum hoc agitur, *ut commune sit lucrum et damnum*... contracta est societas (lib 7, c. XIII, n° 2).

(4) *Pro socio*, n° 1, *De lucri et damni communione.*

(5) Sur le dig. *Pro socio*, n° 2.

(6) Inst. *De societate*, § 941-946.

(7) « Altera nempè et tertia et ultima amicitiæ species est illa, » quâ homines inter ipsos, *causâ utilitatis*, utuntur ; quæ *proprie* » *societas*, seu *societatis contractus* nuncupatur ; et de jure gen- » tium, *ut emptio et locatio* et *cæteri similes contractus*, inventa » fuit.—Postquam enim *per imposturam Satanæ*, excrescente homi- » num malitiâ, inventa fuerint pronomina illa, *meum et tuum*, de- » monstrantia mundum (ut habetur *in cap. Dilectissimus*, 12, q. 1), » quemadmodum cæteri contractus inventa fuerunt, *causâ utilitatis* » *seu necessitatis ;* ita homines attendentes, quod, ultra ea quæ » aliquo modo restabant communia, aliquando *utilitas* et LUCRUM » suadebant, *bonum esse* et EXPEDIRE proprias res et labores *in* » *totum vel pro parte in commune ponere ;* ideo, sub diversis modis » et formis, communionem in propriis rebus et laboribus inducere » cœperunt, et societatis contractum interduxerunt. » *De societate*, 20, 21, 22, de la préface. Ailleurs Felicius insiste sur ce point, en disant : « In societate requiritur communio et pro ejus fine et formâ » requiritur, ut sit *ad lucrum vel quæstum*, et ista est differentia

ment dans sa définition de la société (1), définition cent fois répétée, du reste, dans les livres plus anciens. Et ailleurs, il dit en toutes lettres, qu'il est de l'ESSENCE *de la société* que les parties se proposent de *faire un gain ou profit* (2). Sans doute, les lois romaines n'ont pas dogmatiquement spécifié la condition dont il s'agit. Mais on sait qu'elles n'ont donné nulle part une définition de la société. Du reste, toujours cette condition est sous-entendue, et c'est des précieux exemples donnés par les textes que les auteurs l'ont sans peine dégagée (3). Quelle apparence d'ailleurs que les jurisconsultes de Rome, témoins d'un très-grand mouvement d'affaires opéré par des sociétés (4), aient laissé échapper un des élémens constitutifs de ce contrat, eux qui en ont saisi avec tant d'art et de finesse les plus légers linéamens! car il ne faut pas croire avec M. Duvergier qu'ils n'aient eu sous les yeux que des combinaisons *sans importance* et *sans étendue* (5). Tout le titre *Pro socio*, éclairé par l'histoire, proteste contre un tel jugement.

Du reste, quand même il serait vrai que le droit romain eût faibli à cet égard (ce que je suis bien loin d'ac-

---

inter societatem et cæteros contractus... nunquam in eis fit *ut res ad lucrum sive quæstum*, ut accidit in societate, communicentur. (Cap. 1, nos X et XI.)

(1) *Société*, n° 1.

(2) *Société* n° 12.

(3) Ainsi, Pothier, dans ses Pand. (t. 1, p. 475, n° 111, *Pro socio*), fait précéder une foule de lois, par lui coordonnées, de cette rubrique : « Ad contractus *societatis* SUBSTANTIAM requiritur, ut » singuli contrahant *animo lucri faciendi*!!! Que peut-on dire de « plus fort? »

(4) V. dans ma préface ce que je dis de leurs sociétés de banquiers, de publicains; des sociétés pour l'achat d'esclaves, pour les approvisionnemens, etc.

(5) N° 5.

corder), comment peut-on croire que notre ancien droit aurait partagé sa méprise, lui qui, privé du moyen de féconder les capitaux par le prêt, s'était rattaché à la société avec énergie, afin de tirer de l'argent des profits légitimes; lui qui, pour maintenir la ligne de séparation entre le prêt et la société, s'était appliqué, plus qu'on ne l'a fait à aucune époque, à faire ressortir tout ce que la société offrait de facilités à ceux que tentait le désir d'un gain non usuraire ! (1) lui qui ne cessait de dire par la bouche des théologiens, des canonistes, des civilistes : « Vous qui voulez que vos fonds ne restent pas impro- » ductifs, placez-les dans des sociétés; car le contrat de » société a pour but de faire des bénéfices que la loi re- » ligieuse ne condamne pas, tandis que le contrat de » prêt vous conduit à l'usure (2). » Ainsi, loin que l'ancien droit ait ignoré le vrai caractère de la société, il le proclamait au contraire par tous ses organes; l'état des intérêts civils l'obligeait tout particulièrement à en occuper les esprits.

9. Et puis, je ne saurais croire avec M. Duvergier que, dans notre ancienne jurisprudence, on n'avait pas des idées assez nettes sur la ligne séparative de la communauté et de la société ; nous verrons tout à l'heure (3) qu'à part quelques définitions çà et là reprochables (4), les auteurs ont tout dit à cet égard, et que ce qu'il y a de mieux à faire c'est de suivre leurs leçons. Quant aux coutumes que M. Duvergier accuse plus particulièrement de cette confusion, elles en sont parfaitement innocentes. Si l'écrivain que je réfute avait pénétré plus avant dans le régime intérieur des sociétés

---

(1) Bouteiller, *Somme rurale; infrà*, n° 31.

(2) V. par exemple la *Dissert. théol. sur l'usure*, passim.

(3) *Infrà*, n° 20 et suiv.

(4) Dans quelle matière n'y a-t-il pas de mauvaises définitions ?

coutumières, c'est là qu'il aurait aperçu un élément sociétaire très-puissant, une administration unitaire très-énergique, un esprit de spéculation agricole aussi actif, aussi bien entendu, aussi fermement caractérisé que la spéculation industrielle peut l'être de nos jours (1).

10. Enfin, j'avouerai que, quelle que fût l'importance que l'ancien droit donnait à l'union des biens, il n'était pas indifférent à l'union des personnes rapprochées par le contrat de société. Ulpien, stoïcien rigide et logicien sévère, dont la tendance ne fut pas, que je sache, d'être trop sentimental, va chercher, avec Papinien, dans une idée de confraternité, la solution de certaines difficultés qu'il rencontre dans ce contrat (2). Caius (3) et Paul (4), quoique leur génie ne fût pas moins positif, veulent aussi qu'on tienne compte de l'influence de la personne, lorsqu'il s'agit de la dissolution de société (5). Partant de ces idées, plusieurs commentateurs ont vu dans la société une association de l'amitié et de l'utilité, et un heureux emploi des sentimens affectueux mis au service des intérêts matériels (6). Mais, remarquons-le bien! ce n'est nullement un sentiment platonique qu'ils ont eu en vue. Noodt a fait ressortir les expressions d'Ulpien : *quodammodo fraternitatis*, pour montrer que les jurisconsultes n'ont pas entendu parler de l'amitié sous le point de vue philosophique, et telle qu'elle a été envisagée par Cicéron dans plusieurs de ses admirables

---

(1) Voyez *préface* et *infrà*, n° 666.

(2) L. 6. D. *Pro socio*. Cum societas jus QUODAMMODO *fraternitatis* in se habeat.

(3) III. Inst. 152.

(4) L. 65, § 9, D. *Pro socio*.

(5) Junge Justinien, Inst., *De societate*, § 5.

(6) Felicius, dans le passage cité tout à l'heure; Cujas Paratitl., sur le code : *Pro socio*. Heineccius, Inst., *De societate*, § 942, 947.

ouvrages (1). Il déclare expressément que les jurisconsultes se sont moins préoccupés de cette espèce d'amitié qui a pour cause la vertu, que de celle qui, moins parfaite, rapproche les hommes par leur intérêt : *ob lucrum atque utilitatem! Prior philosophis cura est; posterior jurisconsultis* (2). Circonscrit dans ces limites, le point de vue est admirable; il me fait apercevoir une vérité d'une haute importance dans l'association des capitaux, à savoir que le choix des personnes est l'un des principaux ressorts de leur prospérité, et que dès lors le contrat de société prend l'un de ses points d'appui les plus solides dans la confiance et l'estime réciproques (3). Que les sciences économiques se préoccupent surtout du gain et de la production; c'est leur affaire, c'est leur lot. Mais la jurisprudence, science morale au plus haut degré, a d'autres devoirs à remplir ; elle doit rechercher, par l'analyse, les liens moraux auxquels les intérêts viennent se rattacher pour mieux se développer à l'ombre de la bonne foi (4).

---

(1) *De amicitia*, c. 17; *De legibus* 1, n° 12. V. Aristot. 8, *De moribus* 2.

(2) Sur les Pand. *Pro socio*, p. 297.

(3) Voilà pourquoi j'approuve fort Savary d'avoir donné de bons conseils sur les qualités qu'on doit chercher dans un associé. Ce n'est pas là faire du sentiment, c'est faire de l'intérêt personnel bien entendu! V. les art. 1861, 1865, 1871et le n° 983 et suivans; on y verra l'utilité de ce choix.

(4) Un auteur d'un mérite assez secondaire, Toubeau, contemporain de Savary, voulant faire l'apologie des sociétés commerciales, a cité avec emphase et Ulpien, et l'Écriture sainte, et l'Histoire romaine, pour montrer combien les sociétés sont *chose louable* et *sainte*. Il termine en rappelant qu'une *gens* romaine vécut dans une longue et nombreuse communauté, sans avoir eu aucune querelle ni contradiction (Institutes de droit commercial, liv. 2, t. 3, chap. 1). Si ce passage prouve quelque chose, c'est

11. Nous maintenons donc que, de tout temps, le but de la société a été de faire un gain et de le partager; que toujours les jurisconsultes ont eu l'œil ouvert sur cette condition substantielle de ce contrat; que l'art. 1832 du Code civil n'a fait que suivre leurs enseignemens, et qu'il n'y a rien de nouveau à dire sur un point, que tant d'autorités imposantes ont mis en lumière et en pratique.

12. Mais de quelle nature doit être ce bénéfice poursuivi par la société? Est-ce nécessairement un bénéfice pécuniaire, un gain matériel? ou bien doit-on faire entrer en ligne de compte les avantages moraux, les jouissances d'affection, les distractions intellectuelles que peut procurer une association?

La négative est certaine, et les bénéfices de la société doivent être des bénéfices pécuniaires ou appréciables en argent.

Par exemple, un père, voulant conserver sa fille auprès de lui, stipule, en la mariant, que les futurs époux demeureront dans sa maison et auront à frais communs la même habitation et la même table. Ce père et les futurs

---

tout au plus le mauvais goût de cet écrivain et son affectation à se parer d'une science ampoulée. Mais M. Duvergier (nº 6) veut à toute force que ce soit la manifestation éclatante de la confusion qui régnait autrefois entre le contrat de société inventé pour obtenir un gain, et « ces anciennes communautés, espèces de so-» ciétés primitives, pures de toute pensée d'intérêt, formées *non* » par calcul, mais *par penchant*, non pour les *bénéfices* qu'elles » pouvaient produire, mais pour *le bonheur qu'elles devaient pro-* » *curer.* » Je ferai observer d'abord que pour juger l'esprit de l'ancien droit il y avait de plus graves auteurs à consulter que Toubeau; j'ajouterai que M. Duvergier se méprend tout-à-fait sur le caractère des *gentes* romaines. Cette puissante organisation fut le fruit d'une pensée politique et religieuse très-profonde et très-bien calculée; elle dévoile un esprit d'association dont la vitalité aristocratique fait pâlir toutes nos modernes combinaisons. Il ne faut pas transformer en idylle la rude histoire de ces *gentes*!

époux obéissent à leurs affections; ils ne font pas une spéculation lucrative. Ce n'est pas une société (1). En effet, le mot *bénéfices*, employé par notre article, n'a en vue que les gains, les profits ou avantages pécuniaires, ou appréciables en argent, que, soit le travail, soit l'esprit de spéculation, soit une bonne combinaison, retirent d'une affaire ou d'une exploitation quelconque; il répond au mot *lucrum* (2), qui revient si souvent dans le titre du Digeste *Pro socio* (3); c'est l'émolument appréciable en argent qui s'ajoute à la masse des biens du père de famille, après que toutes les dettes ont été payées (4); c'est, en un mot, ce qui le fait plus riche et accroît son bien-être matériel. Je sais bien que

---

(1) MM. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. 3, no 2772.

(2) Je ferai remarquer, sur le sens du mot *lucrum* et du mot *quæstus* dont les auteurs traitent avec tant d'insistance, que toutes leurs définitions ne peuvent servir de guide sur la question qui nous occupe. En effet, c'est presque toujours à propos des sociétés de tous gains, et des sociétés d'acquêts, comparées dans leur étendue, que ces définitions sont données. On peut voir les chap. 12 et 13 du traité de la *Société* de Felicius, le commentaire Doneau sur le code *Pro socio*, préface, n° 20; et autres. Par exemple, on comprend que pour résoudre la question de savoir si la société d'acquêts comprend un legs, une hérédité, une donation, il faille des dictinctions qui, ici, pourraient induire en erreur. C'est en vue de cette question que Paul disait : que le *quæstus* est ce qui *ex operâ cujusque descendit*; l. 8, 12, 13, D. *Pro socio*. Le mot *bénéfices* de notre article a beaucoup plus d'étendue.

(3) Voyez aussi Institutes *De societate*, § 3.

(4) Ulpien, l. 30, D. *Pro socio* : « Neque lucrum intelligitur, » nisi omni damno deducto. » — Voy. Godefroy sur ce texte.

Vinnius, en paraphrasant cette loi, a dit : « Id demum pro lucro » reputatur quod, deducto omni damno atque impensis, superest. » (Inst. *De societate*, § 2, n° 4.) Covarruvias : « Illud tantum lucrum » sit, quod, compensatione damni factâ, liquido superest. » T. 2, lib. 3, c. 2, concl. 2.

quelquefois les docteurs ont dit que celui-là gagne qui satisfait son désir. « Dicitur lucrari qui explet voluntatem suam (1). » Mais ce n'est pas en matière de société que cet adage est pleinement applicable ; il ne convient pas à la définition de notre article.

13. Mais remarquons bien qu'encore que la société n'eût pas pour but de partager une somme d'argent, elle n'en serait pas moins une société proprement dite, pourvu que l'avantage qu'elle procure fût appréciable en argent. Ulpien propose le cas de deux voisins, qui s'associent pour faire construire un mur, afin d'appuyer des ouvrages de charpente et de maçonnerie (2). Il aperçoit dans ce résultat un avantage de la nature de ceux que la société est destinée à procurer. Le même jurisconsulte s'occupe de deux personnes, qui avaient acheté ensemble un site pour se conserver la vue dont jouissait leur maison (3). C'était un plaisir que ces deux personnes voulaient se procurer ; mais ce plaisir des yeux était appréciable en argent, car il donnait plus de valeur aux deux édifices. Ulpien applique donc le nom de société à cette combinaison (4).

Pothier appelle aussi société (5) la convention de deux voisins qui se sont associés pour acheter en commun un équipage et en jouir chacun à leur tour. L'agrément, ou l'utilité d'une voiture dans une grande ville est un avantage réel et appréciable en argent, que l'un de ces voisins ne pourrait peut-être pas se procurer avec sa seule

---

(1) Felicius *De societate*, c. 28, n° 55. Il cite la glose, Tiraqueau, Surdus, etc.

(2) L. 52, § 13, D. *Pro socio*, *infrà*, n° 30.

(3) L. 52, § 13, D. *Pro socio*.

(4) Je cite aussi cette loi *infrà*, n° 28, où j'examine quand l'achat d'une chose en commun donne naissance à une société.

(5) N° 133. *Sociale*.

fortune, mais dont une association le fait jouir. C'est donc un bénéfice dans le sens de l'art. 1832 (1).

Ceci sert à qualifier la convention suivante, dont j'ai vu un exemple.

Plusieurs habitans d'une ville, voulant se procurer le plaisir de la promenade, achètent en commun un jardin paysagiste, afin que chacun puisse s'y promener avec sa famille, quand bon lui semblera; un certain nombre d'actions est créé et réparti entre tous les acquéreurs. Bien que cet immeuble ne soit pas possédé dans la vue d'en tirer un revenu pécuniaire, bien qu'il puisse même entraîner des charges pour son entretien et qu'il ne soit qu'un objet voluptuaire, les associés y trouvent cependant un avantage appréciable en argent. Car le droit de se promener dans un lieu agréable se paie quelquefois très-cher; il a une valeur positive, qui s'ajoute aux jouissances que la fortune est destinée à procurer.

Ce contrat est donc une société; et de là il suit qu'on devra respecter la clause qui porterait que le partage n'aurait pas lieu avant quarante ans. Ce n'est pas une simple indivision contre laquelle on puisse s'armer de l'art. 815 du C. c. (2).

14. Ici se présente une difficulté. Puisque les bénéfices sont l'excédant du gain sur la perte, puisque d'ailleurs il est de l'essence de toute société que les parties se proposent des bénéfices à faire en commun, pourra-t-on donner le nom de société aux associations qui ont

---

(1) On s'aidera aussi des données du n° 28 pour mieux voir que cette convention peut très-bien être une société et non une communauté simple.

(2) Je renvoie aux n°s 20 et 28 pour les raisons qui montrent que cette situation n'est pas l'état *passif* de la communauté, mais qu'il y a société véritable dans cet achat d'une chose que les parties entendent conserver pour un but commun.

pour but, non pas de faire un bénéfice, mais de réparer simplement un dommage?

On sait que les assurances mutuelles pour la grêle, l'incendie, les épizooties et autres fléaux, sont exclusives de toute pensée de bénéfices, et qu'il serait contraire à leur essence qu'elles devinssent l'occasion d'un gain pour les associés (1). La raison en est simple : ces associations sont constituées sur des bases autres que celles des compagnies d'assurance à prime, lesquelles sont toujours formées dans la vue d'un bénéfice. Dans les assurances mutuelles, chacun est en même temps assureur et assuré. Or, si l'assureur peut se promettre des gains, il n'en est pas de même de l'assuré qui ne peut jamais faire servir l'assurance de moyen d'acquérir. Il suit de là que, dans la mutualité, la qualité d'assuré paralyse le droit ordinaire de l'assureur ; et que toute l'efficacité des assurances mutuelles se concentre dans la réparation d'un dommage, d'après cette maxime de Straccha : « Assecuratus *non quærit lucrum, sed agit ne in damno sit* (2). » Toutefois on a coutume de les placer dans la catégorie des sociétés; des règlemens d'administration publique leur donnent ce nom (3) ; leur établissement doit être autorisé par des ordonnances royales comme si elles étaient de véritables sociétés anonymes (4).

Quoiqu'il en soit, il est certain que le caractère de société manque à ces associations (5) ; privées de la possi-

---

(1) Émerigon, ch. 1, sect. 4, expose la théorie : que l'assurance ne peut jamais devenir pour l'assuré un moyen d'acquérir.

(2) *De assecur.*, gl. 20, n° 4.

(3) Avis du conseil d'État du 15 octobre 1809. (Lepec, t. 11, p. 443.)

(4) *Id.*, combiné avec l'art. 37 du Code de com. sur les sociétés anonymes.

(5) M. Pardessus, t. 4, n° 969.

bilité de faire des bénéfices, elles ne sauraient être rangées dans les variétés du contrat de société; et si l'on veut parler un langage précis et légal, on les appellera *compagnies* d'assurance mutuelle, mais non pas *sociétés*. Il est vrai que, sous certains rapports, elles ont beaucoup de ressemblance avec les sociétés anonymes. Leur organisation intérieure est à peu près la même; et comme les engagemens des associés et le but de ces compagnies intéressent l'ordre public (1), l'administration a dû nécessairement intervenir dans leur institution. Mais ces ressemblances avec la société anonymes ont loin de constituer une parfaite identité, et la sagacité du jurisconsulte ne saurait s'y .méprendre. C'est du reste ce qu'a jugé la chambre des requêtes le 12 janvier 1842, au rapport de M. Mestadier et sur les conclusions conformes de M. Pascalis (2), dans uné affaire où l'on voulait se prévaloir des règles du contrat de société pour juger la position d'un des mutualistes. La cour pensa que ces associations ne sont pas nécessairement soumises aux principes par lesquels le contrat de société est gouverné.

15. Quelquefois une association peut se former dans le double but de se préserver d'un danger et de faire des bénéfices. En temps de guerre, dit Casaregis (3), les vaisseaux étant exposés aux prises des corsaires et des ennemis, les princes, ou même les propriétaires de

(1) Expression de l'avis du conseil d'État, précité.

(2) L'assurance mutuelle de l'Aisne, etc., etc., contre la dame Vigneronne, veuve Mouton et consorts.

(3) Disc. 20, *infrà*, nº 113. Les érudits ont voulu trouver quelque chose d'approchant, dans ce passage d'une lettre de Cicéron à Atticus : « Dymæos, agro pulsos, mare infestum habere nil mirum. Videndum est ut mansio laudetur. Ἐν ὁμόπλοίᾳ Bruti videtur aliquid presidii esse. Sed opinor, minuta navigia. » (Epist. 1, lib. 16, éd. Panck., t. 25, p. 102). « Il n'est pas étonnant que les Dymæus, dépouillés de leurs biens, infestent les mers de leurs pira-

vaisseaux ont coutume d'unir les forces de plusieurs navires destinés à voyager de conserve pour résister aux attaques ou faire des captures. Quoique le but unique de ces associations ne soit pas de se procurer des bénéfices, et que le besoin de la légitime défense y joue un grand rôle (1), elles ne sont pas moins des sociétés caractérisées; on les appelle sociétés de *conserve*, ou sociétés de navigation. Il y a chance et espérance de profit fait en commun (2); il n'en faut pas davantage pour y trouver les conditions précises de la société.

J'en dirai autant de plusieurs associations formées en Provence et ailleurs pour opérer des dessèchemens (3). Ces sociétés, en cherchant à se préserver des dangers des inondations et de la contagion du mauvais air, ont aussi pour but d'améliorer les terres sur lesquelles elles opèrent, de les rendre plus propres à la culture et de tirer des bénéfices de leurs travaux de dessèchement et d'assainissement.

Si cependant il en était quelques-unes qui agissent dans l'unique but de se préserver, et non pour arriver à des gains, on leur appliquerait les idées que nous exposions au numéro précédent.

16. Il ne suffit pas que le contrat procure un bénéfice; il faut encore que ce bénéfice soit fait en commun; un bénéfice que les parties feraient pour leur compte séparé, avec des choses mises en commun, caractériserait une combinaison tout autre que celle que le contrat de société a en vue : « Sic autem, dit Doneau, so-

---

teries. Peut-être qu'il faudra faire approuver que je ne parte pas. Je courrais moins de dangers si je m'embarquais avec Brutus; mais je crois qu'il n'a que de petits vaisseaux.»

(1) Casaregis, disc. 20; Grotius, lib. 2, c. 12, nº 25; Voet., *Pro socio*, nº 8; M. Pardessus, t. 3, nº 656, et 4, nº. 984.

(2) *Infrà*, nº 344.

» cietas contrahi debet, ut lucrum indè fiat, *et id commune sit* (1). » Vinnius, formé à l'école de Doneau, dont il fut l'abréviateur et souvent le copiste, avait aussi compris la force de cette circonstance, et il en avait fait ressortir la gravité par ces mots de sa définition de la société : LUCRI IN COMMUNE FACIENDI GRATIA (2). Cette idée est renfermée également dans ces expressions de notre article : *dans la vue de* PARTAGER LE BÉNÉFICE, etc.; car le partage suppose nécessairement une communion; le bénéfice doit donc être un avantage recueilli en commun.

C'est pourquoi si deux laboureurs conviennent que l'un unira son cheval au cheval de l'autre, pendant huit jours, pour labourer son champ, et que la semaine suivante l'autre jouira du même avantage pour le labourage d'un autre champ, dont il est propriétaire, ce ne sera pas un contrat de société. Pourquoi? Parce que l'avantage que les parties retirent de cette convention n'est pas un avantage recueilli en commun; le profit est au contraire individuel, distinct, séparé (3).

Cette règle sert à résoudre la question suivante :

Deux négocians avaient mis en commun une somme de 2,000 fr. pour en jouir alternativement trois mois chacun pour les besoins de leur commerce respectif. La bourse commune n'était jamais employée dans l'intérêt commun des parties; seulement, elle était alternativement à leur disposition pour leurs affaires particulières. Des difficultés s'étant élevées entre ces deux négocians, l'un d'eux demanda à être renvoyé devant

---

(1) Sur le Code *Pro socio*, préface, n° 19. Voyez sa définition de la société, n° 1, et les passages rappelés *suprà*, n° 6, en note.

(2) V. ce passage *suprà*, n° 8, en note. Il est copié de Doneau dont les passages sont rapportés au n° 6.

(3) M. Duranton, t. 17, n° 330; M. Duvergier, *Société*, n° 55.

des arbitres, conf. à l'art. 51 du Code de commerce. Il échoua devant les tribunaux et, sur son pourvoi en cassation, la chambre des requêtes rejeta ses prétentions, attendu qu'une telle opération ne pouvait constituer une société, puisqu'il n'y avait pas profit à partager entre les associés (1).

Nous citions ci-dessus (2) l'exemple de deux personnes jouissant chacune à leur tour de l'équipage commun, et aussi celui des actionnaires pouvant prendre isolément le plaisir de la promenade dans le jardin mis en société. Ces circonstances ne sont pas exclusives de la combinaison requise par notre article. Dans le premier cas, l'avantage est si bien en communauté, que si, au jour qui est le tour de l'un des associés, l'autre avait besoin de l'équipage pour une affaire qui ne pût être remise, tandis que celui-là n'en eût besoin que pour des affaires susceptibles d'être différées, il devrait laisser son associé s'en servir; et réciproquement (3). A la vérité, le contrat a assigné aux associés tant de jours de jouissance, mais c'est pour une plus grande commodité, sans qu'on puisse dire que cette jouissance ainsi répartie empêche le lien de communauté de subsister.

Dans le second cas, la jouissance personnelle et isolée est un simple accident. En fait, elle peut être journellement commune; en droit, elle l'est toujours, car nul des actionnaires ne peut empêcher ses cosociétaires de se promener quand lui-même se promène.

17. Quant à la nécessité de partager le bénéfice recueilli dans cette communauté d'intérêts, nous verrons par l'art. 1855 la haute importance de cette condition.

---

(1) 4 juillet 1826. D. 26, S. 403, S. 26, 1, 64.
(2) No 13.
(3) Pothier, n° 133.

Pour le moment, nous ferons observer que le mot *partager,* dont se sert notre article, ne doit pas être pris dans le sens restreint d'une division matérielle : comme, par exemple, quand on partage une pièce de terre, des meubles ou autres choses dont on fait des lots. Le mot *partage* a ici un sens plus large. Dans la signification de l'art. 1832, il y a partage toutes les fois qu'il y a participation aux avantages de la société ; ces avantages sont partagés lorsqu'on est appelé à y prendre part d'une manière quelconque, même sous condition (1). Cette observation, sur laquelle nous reviendrons plus tard, nous facilitera la solution d'une question grave (2).

18. Je viens de faire ressortir les points cardinaux que l'art. 1832 a resserrés dans sa définition ; ils forment l'essence de la société; c'est pourquoi l'art. 1832 me paraît satisfaire à la règle qui veut qu'une bonne définition ne comprenne que la substance de la chose définie.

Remarquons du reste que notre article n'a pas cru devoir mentionner l'obligation des associés de partager la perte. D'autres ont vu là une omission de nature à laisser incomplète l'idée qu'on doit se faire du contrat de société (3). Un jurisconsulte, aussi judicieux que profond, avait depuis long-temps prévu cette objection. « Pourquoi, disait Doneau (4), n'ai-je pas parlé de l'obligation des associés de partager le dommage ? Deux raisons m'y ont déterminé : la première, c'est que les parties ne s'associent que pour faire un gain ; car si

(1) No 37, *infrà.*

(2) *Infrà*, nos 644 et 646; v. aussi, no 30, une espèce empruntée à Ulpien.

(3) M. Duvergier, no 13.

(4) Com., lib. 13, c. 15, no 7.

» elles prévoyaient que des chances mauvaises les con-
» stitueraient en perte, elles ne s'associeraient pas. La
» seconde, c'est que la communication de la perte n'est
» pas de l'essence du contrat de société, tandis que la
» condition de partager le gain est substantielle. Nulle
» société ne saurait exister sans communication du gain;
» mais on peut convenir que l'un des associés sera af-
» franchi de toute participation au dommage; car il
» peut souvent arriver que le travail de l'un des associés
» est tellement précieux qu'il soit juste de lui faire
» cette condition (1). Il n'est donc pas nécessaire de
» parler de la perte dans la définition de la société; ce
» qui n'empêche pas que si les parties ne se sont pas
» expliquées sur les proportions dans lesquelles elle
» sera supportée, on ne la partage par moitié; mais
» cela se fait, non pas principalement, mais par une
» conséquence forcée de la règle qui veut que le gain
» se divise par moitié. Le dommage suit la règle du gain;
» c'est un sous-entendu nécessaire, et voilà tout (2). »

Ces raisons avaient paru décisives à la plupart des jurisconsultes qui écrivirent après Doneau. Elles inspirèrent et Vinnius, qui s'écarte rarement des doctrines de ce maître (3), et Pothier, dont le savoir si vaste et si modeste s'était nourri de tout ce que ses prédécesseurs avaient enseigné d'excellent (4). L'art. 1832 s'est formulé là-dessus. MM. Boutteville (5) et Gillet (6), en en

(1) Inst. *De societ.* § 2; Caius III, com. 149, Ulp. 29, § 1, D. *Pro socio*; Paul, l. 30; D. *Pro socio*.

(2) Doneau revient sur cette idée dans son com. du titre du code *Pro socio*, préface, n° 7.

(3) Sur les inst. *in prœm*.

(4) Combinez sa définition, n° 1, avec ce qu'il dit nos 19 et 25.

(5) Rapport au Tribunat. Fenet, t. 14, p. 405.

(6) Disc. au corps législatif. Fenet, t. 14, p. 41.

faisant l'exposé, ne sont que l'écho de Donea , ou du moins se rencontrent avec lui.

Je sais tout ce que l'art. 1855 peut offrir d'objections aux raisonnemens que Doneau tire de la possibilité d'exempter un des associés de la contribution aux pertes. Quand je serai parvenu à cet article, j'examinerai (1) comment il se concilie avec la doctrine que Doneau, et Pothier après lui, ont empruntée aux lois romaines. Mais, en laissant pour le moment à l'écart cette partie de l'argumentation de Doneau, n'a-t-il pas exprimé une vérité palpable quand, s'emparant de l'essence de la société, et laissant à l'écart tout ce qui n'y joue pas le rôle d'un principe, il dit avec un bon sens si démonstratif : On ne s'associe pas pour partager des pertes, mais pour faire des bénéfices en commun ? Voilà la fin du contrat de société; voilà l'idée qui le domine! Que si, après cela, des pertes surviennent qui trompent l'attente des parties, il va sans dire qu'elles seront communes. « Æquum est enim, disait Ulpien, ut cujus parti» cipavit lucrum, participet et damnum (2). » Qu'est-ce d'ailleurs qu'un bénéfice ? n'est-pas ce qui reste, toutes les pertes étant déduites (3)? Le partage des bénéfices suppose donc implicitement, mais nécessairement, qu'il a été fait un partage des pertes.

Reconnaissons-le donc : il est évident que l'art. 1832 répond d'une manière satisfaisante à ce qu'on exige de lui; il y a du sens et de la finesse dans son laconisme; les développemens dont on aurait voulu qu'il s'embarrassât eussent nui à la concision.

19. Maintenant que les traits caractéristiques de la société sont nettement dessinés, il me reste à la placer

---

(1) *Infrà*, n° 648.

(2) L. 53, D. *Pro socio*.

(3) Ulpien, l. 30, D. *Pro socio*.

en regard de certains rapports civils, avec lesquels elle a quelques points de contact, quoiqu'elle en diffère profondément. Les contrastes, que cette suite de parallèles va offrir, achèveront de mettre dans tout son relief la physionomie de notre contrat.

20. Et d'abord nous rechercherons quelles dissemblances existent entre la communauté et la société.

J'ai dit ci-dessus (1) que le mot société, pris dans son acception la plus compréhensive, a été quelquefois appliqué aux rapports des communistes entre eux. Les lois romaines en offrent des exemples, et M. Treilhard, dans son exposé des motifs du contrat de société, les a imités (2).

Toutefois, la simple communauté et le contrat de société ne doivent pas être confondus (3); entre la première et le second il y a des limites séparatives devant lesquelles l'analyse sait s'arrêter.

En principe, toute société suppose une communauté (4), mais toute communauté n'est pas une société (5). La communauté est le genre; la société est une espèce dans ce genre (6), espèce très-notable et très-importante (7), et qui par cela même laisse mieux

---

(1) N° 1.

(2) « Le projet est étranger à une autre *espèce de société* qui se » forme entre des personnes rapprochées par quelque évènement, » *quelquefois indépendant de leur volonté particulière*, comme, par » exemple, entre des cohéritiers tenus de supporter *en commun* « les charges d'une succession *dont ils partagent les bénéfices*, etc. » (Fenet, t. 14, p. 393.)

(3) Pothier, *Société*, nos 2, 122, 182, 184, 189, 194; Cujas, *Observ.*, lib. X, c. 25; M. Pardessus, t. IV, n° 969.

(4) *Suprà*, n° 4.

(5) Favre, sur la loi 14, D. *Pro socio*.

(6) *Id.*

(7) *Id. Præcipua ac nobilissima.*

apercevoir en quoi la simple communauté reste éloignée d'elle.

Une même chose est léguée à deux personnes; ou bien une hérédité s'ouvre au profit de plusieurs héritiers; voilà une communauté, mais ce n'est pas là une société (1). Ce sera tout au plus ce que les docteurs (2) ont appelé *societas incidens*, pour montrer qu'une telle réunion de personnes est souvent l'ouvrage du hasard, et qu'elle n'est pas le vrai contrat de société, lequel ne peut être que le produit de volontés libres, s'unissant dans la vue d'un bénéfice commun. Il n'y a que cette dernière société qui donne lieu à l'action *pro socio.* La communauté ne l'engendre pas (3).

21. Il ne faut cependant pas conclure de là que la différence entre la communion et la société, c'est que celle-là se forme sans contrat, tandis que celle-ci résulte nécessairement du concours de deux volontés. Un texte de Paul (4), trop généralisé, pourrait conduire à cette opinion. Mais ce serait une erreur démentie par

---

(1) Doneau, lib. XIII, c. 15, nº 5; Favre, *ration.* sur la loi 14, *Pro socio.* Ce que Ciceron a dit de contraire dans son plaidoyer pour Roscius le comédien (*infrà*, nº 560) n'est qu'un artifice de la défense.

(2) Hillig. sur Doneau, loc. cit.; Favre, d'après Accurse (*rationalia* sur la loi 31, D. *Pro socio.*)

(3) Ulpien., l. 31, D. *Pro socio*, ut sit pro socio actio, SOCIETATEM » INTERCEDERE OPORTET; *nec enim sufficit*, REM ESSE COMMUNEM, nisi » societas intercedat. Communiter autem res agi potest circa so- » cietatem, ut putà, *cum non affectione societatis, incidimus in » communionem;* ut evenit in re duobus legatâ; item si a duobus » simul res empta sit, aut si hæreditas vel donatio communiter » nobis obveniat; aut si a duobus separatim emimus partes eorum, » non socii futuri. »

(4) Nam, CUM TRACTATU HABITO, *societas coita est*, *ut pro socio* actio est; cum, SINE TRACTATU, in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur; l. 32, D. *Pro socio.*

Ulpien (1), et réfutée par le président Favre (2). On peut se mettre en communauté par une convention. C'est ce qui arrive tous les jours quand on achète une chose en commun (3) sans avoir la volonté de former une société (4). C'est ce qui peut arriver encore si deux voisins conviennent de mêler leur vin dans le même tonneau (5), pour le tirer au fur et à mesure de leurs besoins. Enfin, quand deux personnes, usant de la faculté que leur donne l'art. 815 du C. c., font une convention pour proroger leur indivision, la communauté est conventionnelle.

22. Quel est donc le signe qui sépare la communion de la société? C'est que la communauté est un état passif, tandis que la société se sert de la communauté comme moyen pour faire un bénéfice et le partager (6). Dans la première, dit Conan, il suffit qu'il y ait entre les parties une chose commune. Mais dans la seconde, il faut de plus que les associés apportent quelque chose du leur, pour une utilité commune. « Non dicuntur socii » qui sunt consortes ejusdem negotii, sed qui *præterea* » *aliquid de suo afferunt ad communem utilitatem* (7) ». Les communistes ne sont tenus à rien faire l'un pour l'autre; comme leurs rapports sont déterminés par la copropriété plutôt que par la considération des personnes (8), ou par la poursuite d'un but commun, ils sont maîtres

---

(1) L. 31, D. *Pro socio* précitée.

(2) *Ration.* sur la loi 32, D. *Pro socio.*

(3) Ulp., l. 31, D. *Pro socio.*

(4) Doneau, l. XIII, c. 15, n°s 5, 6.

(5) Inst. de Just. *De rer. divis.*, § 27.

(6) Cujas : « Societatem non dico esse communionem; sed per » societatem induci communicationem justam lucri et damni. » L. 1, § 14, D. *De tut. et rat. dist.* » (Paratit. sur le C. *Pro socio.*)

(7) L. 7, c. 13, n° 2.

(8) M. Pardessus, t. 4, n° 969.

de ne suivre que leur intérêt individuel. Ce n'est pas dans un intérêt collectif que la chose reste indivise entre eux ; c'est pour leur commodité, ou leur utilité particulière. Chacun peut donc se borner à travailler pour soi, et non pour son consort. Au contraire, dans la société, c'est l'utilité commune qui est le point de vue dominant. C'est vers ce résultat que se tournent les efforts des associés; c'est pour l'obtenir que des mises ont été faites, que l'un a apporté sa chose, l'autre son industrie. L'art. 1848 est un corollaire de ce principe (1).

23. Pothier connaissait à merveille ces distinctions (2); elles lui ont servi de guide dans la solution de plusieurs difficultés graves. Cependant je lui reprocherai, avec M. Duvergier (3), de les avoir trop négligées dans ses définitions comparées de la communauté et de la société (4). A l'entendre, la communauté simple serait toujours un quasi contrat, et c'est par-là *seulement* (5) qu'elle se séparerait de la société, qui est toujours un contrat. Mais c'est une inadvertance dont j'ai déjà montré le danger (6). La communauté peut être aussi l'œuvre de la volonté; les lois romaines sont formelles là-dessus, et je ne sais comment Pothier, qui les connaissait si bien, les a perdues de vue.

On pourrait peut-être adresser le même reproche à Cujas. Lui qui, dans certaines parties de ses ouvrages, a si parfaitement montré (7) que la société va au-delà

---

(1) *Infrà*, n° 551, 560, et n° 26.

(2) Voir *Société*, n° 189 et n° 122, où il donne une application de ces différences.

(3) *Société*, n° 33.

(4) V. *Société*, n° 2 et n° 3.

(5) N° 3.

(6) N° 21, *suprà*.

(7) V. *suprà*, n° 22, en note.

de la communauté par la recherche de bénéfices à recueillir en commun, il s'est borné, dans un autre endroit, à insister sur le caractère quasi contractuel de la communauté; faisant ainsi une règle générale, et pour ainsi dire absolue, de ce qui n'est dans la communauté qu'un fait habituel, mais non pas nécessaire.

« Voluntaria societas, dit-il (1), opposita est societati hæreditariæ, id est, communioni quæ intercidit cum hærede defuncti socii. Hæc enim voluntaria non est, quia re, non consensu, consistit. Voluntaria est quæ consensu contrahitur, tractatuque habito inter socios; et *hanc dicimus propriè societatem;* illam, rerum communionem (2), vel communiter gestum (3), et societatem improprie; voluntariam societatem dicit Ulpianus (4). »

Je crois inutile d'insister pour montrer que Cujas n'a vu ici qu'un côté de la difficulté. Préoccupé d'un passage de Cicéron (5), dans lequel la société volontaire est opposée à la société héréditaire, Cujas n'a pensé qu'à faire ressortir ce contraste. Il a négligé d'autres aperçus qu'il n'était peut-être pas de son sujet d'approfondir. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas là, c'est ailleurs, c'est dans des raisons plus profondes qu'il faut aller chercher pourquoi la société a toujours été distinguée de la communauté simple; et, au besoin, Cujas, mieux que tout autre, pourrait nous le révéler.

24. Les différences que nous venons de signaler, entre les principes de la société et de la communauté, se réalisent dans les conséquences. Essayons de les parcourir.

---

(1) Observ., lib. 10, c. 25.
(2) L. 23, D. *De reg. juris.*
(3) L. 31, 32, 33, *Pro socio.*
(4) L. 63, § 8, D. *Pro socio.*
(5) Dans son oraison *pro Quintio.*

1° La société donne naissance à un être collectif, que l'on distingue des associés pris individuellement, et qui fonctionne comme tierce personne (1). Il n'en est pas ainsi de la communauté; celle-ci ne forme pas un corps moral. Quand deux ou plusieurs personnes achètent une chose en commun, mais sans aucune idée de société, *sine societatis affectione*, il y a autant d'acheteurs que de communistes. Au contraire, quand une société fait un achat, il n'y a qu'un seul acheteur, qui est la société, agissant comme corps moral, *ut universitas* (2).

Il est vrai que, dans mon commentaire de la *Prescription* (3), j'ai dit que, sous le rapport de la possession, il a, dans la simple communauté, un intérêt collectif, qui fait que l'un des associés possède pour l'autre et est censé le représenter (4); c'est sous ce point de vue que j'ai fait de la communauté une personne collective, qui possède par chacun de ses membres dans l'intérêt de tous. Mais je n'ai parlé ainsi que sous le rapport de la possession (5); sous tout autre rapport, la comparaison de la communauté à un corps moral serait fausse (6), puisque, dans la communauté, il y a, à part la possession, autant de gerans en droit soi que de communistes, ainsi que je vais l'expliquer tout à l'heure (7).

---

(1) *Infrà*, n° 58 et suiv., et 971.

(2) M. Proudhon, nos 2064, 2065, t. 4, *Usufruit*; *infrà*, n° 66.

(3) T. 1, n° 244.

(4) Mon com. de la *Prescript.*, t. 1, n° 360.

(5) Les docteurs supposaient une espèce de *constitut.* d'associé à associé. (Felicius, c. 9, n° 47.)

(6) M. Duvergier n'a pas fait attention à cette nuance, quand il m'a reproché de confondre la société et la communauté, n° 382, p. 458, note 3. J'ai remarqué que trop souvent les critiques adressées à un auteur ne proviennent que de ce qu'on pense à autre chose qu'à ce qu'il a eu en vue.

(7) *Infrà*, n° 26.

25 2° La communauté est un état que la loi traite avec peu de faveur (1); elle engendre des rixes et des haines; elle paralyse souvent le développement des intérêts laissés dans l'indivision. Toute convention de ne pas partager est réductible à cinq ans.

Au contraire, la société est favorable; l'action et le progrès sont dans sa nature : la loi ne la restreint pas dans des limites de temps trop jalouses.

26. 3° Dans la communauté, les communistes (excepté en ce qui concerne la possession à l'égard de laquelle ils sont censés se représenter les uns les autres) (2) ne sont pas réciproquement engagés à gérer l'affaire de la communauté dans l'intérêt commun. Par exemple, un communiste n'a pas, en général, mandat tacite de ses consorts pour passer bail (3). Un associé à ce mandat (4). Un communiste, peut recevoir sa part du fermage dû pour la chose commune, sans s'inquiéter de l'intérêt de son consort; il n'a aucune diligence à faire pour la rentrée de la part arriérée de celui-ci; et si le débiteur, devenu insolvable, se trouve dans l'impossibilité de payer l'autre communiste, c'est tant pis pour ce dernier qui n'a pas eu la même diligence que son co-intéressé. Chacun veille pour soi à ses affaires, et le moins diligent ne saurait avoir de recours contre celui qui s'est montré plus actif pour recevoir ce qui lui était dû (5). Telle est la décision expresse de Justinien dans la loi 12 au Code *Depositi* (6).

---

(1) Art. 815 C. c.; *infrà*, n°s 963, 968.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 1, n° 360 ; *suprà*, n° 24.

(3) Mon com. du *Louage*, n° 100.

(4) *Infrà*, n° 714.

(5) L. 38, D. *Famil. erciscund.* (Paul).

(6) Pothier ne cite pas ce texte. Il est plus décisif que celui sur lequel il s'appuie (n° 122) et qui ne peut fournir qu'un argument éloigné. V. aussi *infrà*, n° 560.

Mais il en est autrement dans le contrat de société, qui est fondé sur l'égalité et qui exige une communication exacte du gain et de la perte. L'associé doit rapporter à la masse ce qu'il a reçu du débiteur de la société, eût-il pris la précaution de donner quittance pour sa part ; car chacun des associés est censé administrer l'un pour l'autre, et nul d'entre eux ne peut préférer son intérêt à celui de la société (1).

C'est pourquoi nous verrons, dans le commentaire de l'art. 1859, que dans la société il y a un intérêt commun auquel doit se subordonner l'intérêt particulier des associés; qu'il y a une jouissance sociale préférable à la jouissance privée des membres de l'association. Dans la communauté, il n'en est pas de même ; chacun jouit pour soi, pour sa commodité, pour son bien-être, sans avoir à se préoccuper de la commodité et du bien-être des autres communistes, sans s'inquiéter d'un but commun auquel il faudrait sacrifier son intérêt particulier.

27. 4° La communauté engendre l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividendo* qui se confondent dans notre droit ; mais la société engendre, outre l'action *communi dividendo*, qui lui est commune avec toutes les communions (2), l'action *pro socio*, qui est fort différente. En effet, elle se distingue de l'action *communi dividendo* et *familiæ erciscundæ* par trois côtés (3).

---

(1) Ulpien, l. 63, § 5, D. *Pro socio ;* Favre, sur cette loi ; Pothier, n°s 122 et 189 ; art. 1849 C. c. ; *infrà*, n°s 551, 560, 564 ; M. Duvergier, n° 35.

(2) Caius, l. 2, D. *Comm. divid.*

(3) Doneau, lib. 13, c. 17, nos 2 et suiv. Ce jurisconsulte a exposé ces différences d'une manière plus complète que Pothier. Voyez ce que dit ce dernier, n° 194.

En premier lieu, par sa nature, l'action *pro socio* est entièrement personnelle, les autres sont mixtes (1).

En second lieu, la première n'a pas nécessairement pour but le partage; elle peut s'exercer dans d'autres vues, par exemple, pour forcer un associé à rapporter à la société une chose qu'il en a distraite et qui est nécessaire pour la continuation de ses opérations (2); au contraire, les autres ne peuvent avoir lieu que pour partager la chose commune (3).

En troisième lieu, l'issue de l'action *pro socio* n'est pas la même que dans les deux dernières; les obligations particulières, auxquelles la qualité d'associé assujettit, amènent des différences dans la condamnation (4) : on en a vu des preuves au n° 26. Le droit romain en offre une autre qui n'a plus pour nous qu'un intérêt historique. L'associé condamné par l'action *pro socio* était noté d'infamie; il n'en était pas de même de celui qui avait succombé dans l'action *communi dividendo* (5).

28. Maintenant il nous reste à passer de ces notions, qui se reproduiront plus d'une fois dans le cours de cet ouvrage (6), à l'application pratique. Abordons quelques espèces de nature à les rendre plus familières.

On peut se demander avant tout si, dans le doute, il faut supposer la communion simple ou la société. Nous répondrons que la société est un contrat qui porte avec lui des engagemens trop sérieux pour qu'on puisse

(1) Pothier, n° 194; Doneau, n° 4.

(2) L. 45, D. *Pro socio*.

(3) Doneau, lib. 13, c. 17, n° 3. Pothier n'a pas parlé de cette différence.

(4) Doneau, n°s 5 et 6. Pothier n'a pas non plus insisté là-dessus.

(5) L. 1', D. *De his qui not. infam.*; Doneau, loc. cit., n° 5; *infrà*, n° 567.

(6) V. p. ex. *infrà*, le com. de l'art. 1859.

l'admettre sans une intention évidente de la part des contractans (1).

Toutefois n'y a-t-il pas des actes qui portent avec eux la presomption implicite d'une société?...

Supposons qu'un immeuble ait été acheté en commun par deux personnes; cet achat à deniers communs n'est-t-il pas, de droit, une société? Les parties n'ont-elles pas entendu réunir leurs capitaux pour faire un achat profitable et se procurer un bénéfice? N'est-ce pas là la présomption la plus naturelle et la plus logique? Sans doute, il n'est pas impossible de voir deux personnes faire un achat ensemble, sans qu'elles aient voulu pour cela s'associer. Mais, dans le doute, la présomption de société n'est-elle pas dominante?

Les interprètes des lois romaines étaient fort partagés sur cette question, et les textes se prêtaient à la discussion; car on en trouve pour qualifier de société l'achat fait en commun (2), on en trouve d'aussi formels pour le qualifier de communauté simple (3).

Suivant Bartole et Balde (4), par cela seul qu'on avait acheté en commun, la société était présumée, à moins d'indices contraires; et c'était l'avis de Salicet (5),

---

(1) V. *infrà*, n° 35, l'opinion de Cujas. Un arrêt de la Cour de Paris met le contraire en principe dans une espèce où il s'agissait de savoir s'il y avait société ou prêt. La Cour veut que, dans le doute, on se prononce pour la société. Arrêt du 10 août 1807 (D. *Société*, p. 131); *infrà*, n°s 29, 35, 49 et 50.

(2) L. 2, D. *Comm. divid.*; l. 52, D. *Pro socio;* l. 2, Cod. *Pro socio*; v. aussi Ulp., lib. 52, § 13, D. *Pro socio*; et *infrà*, n° 42.

(3) L. 31, D. *Pro socio.*; 32 *id.*; 33 *id.*

(4) Sur la loi 2, au C. *Pro socio*, Bartole dit : « Nota quod eo » ipso quod emitur fundus communis, videtur contracta societas » in illo fundo. »

(5) Sur la loi 2, C. *Pro socio.*

Paul de Castro (1), Bruneman (2), Favre (3), etc., etc. Mais d'autres jurisconsultes repoussaient vivement cette opinion. Je citerai Hilliger (4) et Vinnius (5). D'après le sentiment de ces derniers, il fallait scruter l'intention des contractans, et ne déclarer la société qu'autant que la volonté de la former était manifeste. L'annotateur de Bartole, Alexandre (6), partisan de cette opinion, indiquait même une circonstance qui, en général, devait faire écarter la société : c'était que les parties se fussent rapprochées dans un achat en commun pour partager tout de suite après (7).

Cet avis est celui qui me semble préférable, sauf quelques explications que je vais donner pour éviter toute méprise. Le plus souvent on n'acquiert en commun que pour opérer incontinent le partage, et sans avoir l'idée de former une association de capitaux, d'avantages, de bénéfices. D'autres fois on ne se réunit un instant que pour ne pas se nuire par une concurrence réciproque (8). Rien de tout cela n'aboutit à un contrat de société; il n'y a que communion, copropriété. Mais s'il résulte des circonstances que les parties ont entendu réunir

---

(1) Sur la loi 2, D. *Comm. divid.*

(2) Sur cette loi, n° 4. « Collige regulam, emptione rei com-» munis societatem contractam videri. »

(3) *Ration.* sur la loi 2, D. *Comm. divid.*

(4) Sur Doneau, lib. 13, c. 5, n° 6, note 3.

(5) Sur le tit. des Inst., *De societate*, préface.

(6) Dans son apostille sur la loi 2, D. *Comm. divid.* Il faut voir aussi les notes sur la loi 2, C. *Pro socio*, qui sont d'un autre annotateur.

(7) « Hoc verum, si animo contrahendæ societatis emeret; aliàs » secùs; exemplo si *incontinenti post emptionem* diviserunt. Nam » tunc præsumitur non animo societatis contrahendæ... Ità egregiè » declarat Rapha. »

(8) Ulpien, l. 33, D. *Pro socio*, en donne un exemple.

leurs capitaux pour faire un bénéfice sur l'achat d'un immeuble mis en vente; si cette intention se révéle clairement, soit par les termes de la convention, soit par les faits de la cause; si, en un mot, le juge découvre ce qu'Ulpien appelle si bien *affectio societatis* (1), il déclarera l'existence de la société, comme le font les lois romaines dans certains cas donnés (2). Du reste, il ne faut pas croire que l'achat d'un immeuble concerté en commun, pour en recueillir un bénéfice, répugne au contrat de société, alors que le partage s'en serait suivi bientôt après (3). Le partage opéré incontinent n'est un indice contraire à la société qu'autant que l'intention des parties est équivoque. Mais si des faits graves en établissent l'existence, on argumenterait vainement du partage immédiat; car très-souvent les bénéfices sont obtenus par le seul achat de la chose; le but de la société est dès lors rempli; et l'opération étant consommée, quoi de plus simple que de partager sans délai? L'important est qu'on ait poursuivi un bénéfice et qu'on ait mis des capitaux en commun pour le réaliser. Supposons que des bois considérables soient mis en vente, en une seule masse, dans le département de la Meurthe. Espérant que le prix de vente sera très-modéré, à

(1) L. 31, D. *Pro socio.*

(2) L. 2, D. *comm. div id.;* l. 52, D. *Pro socio*, et le § 13, citée *suprà*, n° 13; l. 2, c. *Pro socio.* M. Championnière, t. 3, n° 2783, cite un exemple remarquable. C'était une société formée entre les sieurs de Renneville, Loison et autres, à l'effet d'acquérir en commun une maison sise à Paris, et *d'y faire les réparations* et *augmentations nécessaires*; les parts d'intérêt avaient été fixées à 1000 fr.; il avait été créé soixante-quinze actions... Voyez aussi trois exemples cités *suprà* au n° 13, et où les jurisconsultes ont vu des sociétés et non de simples communaions.

(3) M. Duvergier semble cependant repousser la société, nos 40 et 52.

cause de la difficulté de trouver des adjudicataires pour un objet aussi important, mais n'ayant pas le désir de conserver le tout, je m'associe (1) avec un capitaliste de Paris pour profiter d'une si bonne occasion. Il est convenu entre nous que tous les frais seront supportés collectivement, que tous les renseignemens seront pris et discutés, toutes les diligences concertées en commun; que l'on fera d'accord l'arpentage et le comptage, etc., etc.; que l'on s'entendra sur le *maximum* du prix à offrir; que chacun sera de moitié dans l'adjudication; et que nous partagerons après la vente, afin que l'un et l'autre puisse disposer ainsi qu'il le jugera à propos du bénéfice de cet achat : je me rends en conséquence sur les lieux, dans l'intérêt commun, et j'achète pour un million une forêt qui, revendue en détail, en rapportera un et demi. N'est-ce pas là une société caractérisée? L'intention des parties s'y trouve implicitement et explicitement; il y a mise en commun de capitaux, d'action; il y a bénéfices à faire en commun et à partager. Tous les élémens de la société apparaissent en se coordonnant sous une volonté manifeste.

Au lieu de cela, supposez que Pierre et Paul, qui veulent conserver entre eux des relations de bon voisinage, profitent de la mise en vente d'un héritage limitrophe et l'achètent à eux deux, à très-haut prix, non pour faire un bénéfice, mais afin d'écarter un voisin incommode et de faire ensuite un partage par moitié; il sera difficile de voir dans cette achat un contrat de société; ce ne sera qu'une communauté momentanée, qu'une copropriété accidentelle, étrangère, dans ses causes et dans son but, au résultat que la société veut atteindre.

Ainsi donc, il y a dans cette matière des nuances dé-

(1) Je suppose que l'acte porte ce mot.

licates à saisir. Les présomptions *a priori* données par les auteurs (1) ne sont certainement pas sans valeur; mais il faut les rapporter aux faits de la cause et les modifier par la volonté des parties clairement exprimée.

29. Voici, à ce sujet, un arrêt de la Cour de Rouen, qui mérite d'être remarqué.

Guéroult et Mullot étaient copropriétaires du navire l'*Auguste;* d'après l'arrêtiste, il fut convenu que ce navire voyagerait sous les ordres de Guéroult, capitaine de profession, à la charge que Mullot participerait aux bénéfices et aux charges de l'entreprise. Du reste, la notice du journal de M. Dalloz ne donne pas d'autres détails sur ce contrat. Des débats ayant éclaté entre les représentans de Guéroult et de Mullot, des doutes s'élevèrent sur l'existence d'une société, et pour échapper à la juridiction arbitrale on soutint, de la part de l'un des intéressés, que Mullot n'avait fait autre chose que se réserver un droit découlant de sa copropriété.

Par son arrêt du 19 juillet 1839, la Cour royale, en se fondant sur les circonstances de la cause, décida qu'il n'y avait pas eu de société entre Guéroult et Mullot (2). On comprend que cette appréciation de la volonté des parties repose sur des élémens trop fugitifs pour nous, trop négligemment recueillis par l'arrêtiste, pour que nous voulions en contester la justesse. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que la Cour royale n'a pas adopté l'opinion qui voudrait que, dans le doute, la société l'emportât sur la communauté (3)!

30. Je n'en dirai pas d'avantage sur cette question de prééminence; mais je reviendrai à quelques

---

(1) J'ai oublié de citer Felicius, c. XI, n° 23 et suiv.
(2) D. 40, 2, 106.
(3) *Suprà*, n° 28.

espèces qui mettront le dernier trait à notre parallèle.

Un auteur qui a marché sur la trace des feudistes par sa pénétration à saisir les analogies et les différences des contrats, M. Championnière, a enseigné que si deux voisins font un mur mitoyen à frais communs, cette opération ne constitue pas une société et n'engendre qu'un rapport de communauté (1). Il donne pour raison que l'avantage que cette affaire procure est tout simplement celui de se clore, et que ce n'est pas là un bénéfice dans le sens de l'art. 1832.

Tel n'est cependant pas le sentiment des jurisconsultes romains, et je regrette que M. Championnière ne l'ait pas discuté. Ulpien, qui nous a fait savoir si expressément que l'action *pro socio* n'est pas l'attribut de la simple communauté incidente ou conventionnelle (2), décide avec Mela (3) que si deux voisins mettent en commun un terrain pris sur leurs propriétés respectives, et y font élever par leurs soins réunis un mur destiné à supporter les constructions de l'un et de l'autre, cette opération donne lieu à l'action *pro socio (pro socio agendum)*. Pourquoi, en effet, la convention de faire ce mur par un concours collectif répugnerait-elle à la société? On peut former une société pour toute affaire quelconque ayant un but licite (4). La nécessité de se clore, l'avantage d'avoir un appui pour des ouvrages de charpente et de maçonnerie, ont assez d'importance pour stimuler l'esprit d'association. Dans l'espèce d'Ulpien se rencontrent un objet mis en commun, un intérêt collectif (5), un bénéfice appréciable en argent (6),

---

(1) *Traité des droits d'enregistrement*, t. 3, n° 2772.
(2) L. 31, D. *Pro socio; suprà*, n° 20.
(3) L. 52, § 13, D. *Pro socio.*
(4) L. 5, D. *Pro socio.*
(5) Art. 1833.
(6) *Suprà*, n° 13.

et auquel chaque partie vient prendre part (1). Que faut-il de plus?

Autre cas : la copropriété d'un cours d'eau n'engendre souvent qu'une simple communauté. Il y a cependant des circonstances qui peuvent en faire une société (2). C'est ce qu'explique à merveille le président Favre, en commentant d'après Accurse une décision de Cassius et d'Ulpien (3).

Les intérêts méridionaux nous en donnent un exemple. Il existe en Provence de temps immémorial des sociétés d'arrosans. Les propriétaires riverains d'un cours d'eau se réunissent sous un régime commun, dans la vue de faire entre eux une meilleure distribution de l'élément qui féconde leurs champs. La quantité d'eau qui revient à chacun, les jours et les heures auxquels chacun peut arroser, l'entretien des rives, le curage du lit, la contribution pécuniaire par tête, tout cela fait l'objet de statuts qui gouvernent la société et dont l'exécution est confiée à des syndics. On peut citer la compagnie des arrosans de *Pinchinals* (4). Ce n'est pas là un rapport de simple communauté. Outre la copropriété du ruisseau et la mise en commun de la jouissance de l'eau, on distingue un sacrifice à un intérêt collectif, une spéculation lucrative, la vue d'un bénéfice réel, souvent très-considérable : pourrait-on confondre cette combinaison de l'industrie agricole avec l'état passif de la communauté?

Au contraire, la copropriété toute nue, toute dénuée du mélange d'un intérêt sociétaire, apparaît clairement dans la position suivante :

---

(1) *Suprà*, n° 17.
(2) Ulp., l. 52, § 12, D. *Pro socio.*
(3) Sur cette loi.
(4) Arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 1841, S, 41, 1, 483.

Il y a sur la côte de Corse, dans le voisinage de Bastia, un vaste étang qu'alimentent les eaux de la mer et qui produit en abondance du poisson de diverses espèces. Cet étang est depuis long-temps la propriété de plusieurs personnes qui l'afferment en commun à des pêcheurs et en partagent annuellement les produits. Dans cet état de choses, il n'est permis d'apercevoir qu'une communauté, et nullement une société.

Enfin, on pourra recourir au n° 13 pour d'autres espèces dans lesquelles la communauté et la société ne doivent pas êtres confondues.

31. Après avoir comparé la société avec la communauté, mettons-les en regard de l'association conjugale; les différences sont capitales, quoiqu'il arrive quelquefois de donner aux époux le nom d'associés (1).

La société spécule sur des gains et avantages pécuniaires à recueillir; L'association conjugale a en vue une famille à fonder. La première a pour base l'intérêt; l'autre l'affection. « La société conjugale, dit Louet (2), n'a » pas pour fin le profit, *c'est l'amitié* et ce qui est requis » pour l'entretenir et conserver (3). » Celle-ci est en premier ordre une union des personnes; celle-là n'est en premier ordre qu'une association des choses (4). Dans la communauté de biens entre époux, le but principal est l'indissolubilité des intérêts conjugaux plutôt que le partage des bénéfices. Dans la société, l'intention dominante n'est autre que le partage (5).

---

(1) *Suprà*, n° 1; art. 1525 du Code civil.

(2) T. 2, p. 582.

(3) Comment a-t-on pu dire que les anciens s'étaient mépris sur la société dont ils avaient fait un pur lien d'affection? (*Suprà*, n°s 7, 8, 9, 10.) On ne peut pas faire un pas sans trouver la réfutation de cette étrange idée.

(4) Doneau, lib. 13, c. 15, n° 1; et c. 18, n° 1.

(5) Le tribun Gillet (Fenet, t. 14, p. 419).

32. Nous distinguerons aussi notre contrat des associations formées dans une vue philanthropique ou dansun but de délassement moral, de distraction intellectuelle. Déjà nous avons fait remarquer que ces associations ne peuvent se classer dans la définition de notre article (1). Le gain n'est pas dans leurs tendances; elles veulent satisfaire des jouissances autres que celles que procure l'intérêt pécuniaire. De là, des conséquences importantes.

Lorsque deux personnes ont réuni leur industrie pour un bénéfice à partager, l'une est comptable envers l'autre de son incurie, de sa négligence; chacune doit agir dans la mesure de ses forces, pour l'intérêt commun ; et s'il en est une qui néglige de le faire, une action est ouverte contre elle.

Mais il n'en est pas de même dans les associations dont je parle. Pierre fait partie d'une association pour encourager les découvertes industrielles; quelle action aura-t-on contre lui s'il ne se rend pas aux séances, s'il reste étranger aux travaux de l'association, etc.? Les plus zélés n'ont dans cette association qu'un intérêt moral, qui ne saurait engendrer une action civile.

Seulement, si les statuts de l'association portaient que chaque associé paierait annuellement une somme d'argent pour subvenir à des dépenses prévues ou imprévues, et qu'un associé refusât sa part, il pourrait y être judiciairement contraint. Sous ce rapport, il y aurait un lien de droit qui engendrerait une action pareille à celle que donne le contrat de société pour forcer un associé à verser sa mise. Mais, à part ce point de ressemblance, les associations que j'ai en vue restent tout-à-fait en dehors du contrat de société.

Ces observations ne sont pas sans utilité lorsqu'il

---

(1) *Suprà*, n° 13, 14.

s'agit d'appliquer l'art. 291 du Code pénal et la loi du 10 avril 1834, sur les associations. La loi pénale qui prohibe les associations de plus de vingt personnes ne concerne pas les sociétés formées sous l'influence de l'article 1832 du Code civil. Il est vrai que certaines sociétés (les sociétés anonymes, par exemple) ne peuvent exister qu'avec l'autorisation du roi (1). La loi commerciale l'a exigé dans des vues d'utilité publique, pour sauvegarder les nombreux intérêts qui viennent se grouper autour de ces sociétés, lesquelles ne se montrent pas au dehors sous le nom des associés (2). Mais les autres espèces de sociétés civiles et commerciales ne sont pas assujetties à cette autorisation, et, pour les y soumettre, l'on ne pourrait s'armer contre elles de l'article 291 du Code pénal et de la loi du 10 avril 1834. Les intérêts civils sont animés, en général, d'un esprit pacifique, qui est pour le gouvernement une garantie suffisante; s'il a été prudent de contenir dans certaines limites les intérêts moraux, plus bouillans et plus dangereux, ce n'est pas une raison pour contrarier par des gênes inutiles le développement déjà si difficile des premiers.

33. Aux associations philanthropiques et autres que je viens de mentionner, il faut ajouter les associations formées dans un but religieux, avec l'autorisation du gouvernement. Ces communautés, n'ayant en vue aucun bénéfice pécuniaire, ne sont pas de véritables sociétés.

Toutefois, la direction de l'enregistrement, par délibération du 24 juillet 1827, a considéré comme une société l'acte par lequel une fille est admise dans une communauté religieuse, moyennant une dot payée par ses père et mère. M. Championnière, qui rapporte cette

(1) Art. 37 Code de commerce.
(2) Art. 29 Code de commerce.

décision en l'approuvant (1), donne pour raison de décider qu'à côté du but spirituel, il existe des biens temporels qui sont communs et appartiennent à un être moral que l'on ne saurait trouver que dans une société. Cette explication peut être bonne pour justifier la perception de la régie, qui, afin d'atteindre l'acte en question, a dû choisir, entre toutes les analogies, la plus rapprochée; surtout lorsque cette analogie conduit à une taxe qui n'a rien d'exagéré. Mais, sous le point de vue du pur droit civil, ces argumens portent à faux; la communauté des biens temporels appartenant aux associations religieuses ne suffit pas pour en faire des sociétés véritables (2). Là où l'on ne trouve pas le gain comme but direct, là ne se rencontre pas la société proprement dite (3).

34. La société et le mandat sont deux contrats dont les rapports sont fort éloignés; néanmoins il existe dans la pratique des combinaisons qui les rapprochent tellement, qu'il devient quelquefois assez difficile de les distinguer. Les mêmes faits, légèrement nuancés par l'intention des parties, et envisagés d'un point de vue différent, ont souvent conduit le jurisconsulte, tantôt au contrat de société, tantôt au contrat de mandat. Écoutons les lois romaines.

Ulpien examine l'espèce suivante : Je vous donne une pierre précieuse pour la vendre, et il est convenu entre nous que si vous ne la vendez que mille, vous me compterez cette somme entière; que si, au contraire, vous la vendez davantage, le surplus sera pour vous. Est-ce là une société? Aurez-vous contre moi l'action *pro socio?* ou bien l'action *præscriptis verbis?* Ulpien fait

---

(1) T. 3, n° 2774.
(2) *Suprà*, n° 22.
(3) *Suprà*, n°s 12, 13.

dépendre la solution des circonstances et de l'intention des parties. Il y aura société, dit-il, si elles ont voulu contracter une société (1).

Avant d'expliquer pourquoi la volonté des parties a pu imprimer le caractère de société à une telle convention, nous dirons qu'Ulpien a rencontré, dans un de ses autres ouvrages, une espèce semblable, et qu'en se plaçant au-dessus de l'intention variable des contractans, il se prononce contre la société (2). Cette convention, dit-il en s'en tenant à la rigueur des principes du droit romain, n'est pas un mandat; car le mandat doit être gratuit, et ici il y a évidemment salaire. Ce n'est pas non plus une société; car la personne chargée de vendre n'a pas été associée à la vente, puisqu'il y a un certain prix que le propriétaire de la pierre précieuse s'est réservé exclusivement (3). C'est donc une convention sans nom, qui donnera lieu à l'action *præscriptis verbis*.

35. Cette décision est tout-à-fait applicable sous le Code civil, du moins en ce qui concerne l'exclusion de la société. Dans les circonstances données, il n'y a pas société, et d'ailleurs dans le doute la société ne se présume pas (4). Mais comme chez nous le mandat peut être salarié (5), nous dirons qu'il y a eu mandat non gratuit pour vendre.

36. Toutefois, la volonté des parties clairement exprimée pourra-t-elle approprier cette convention à une société?

Sans doute, cette volonté ne s'établira pas facilement;

---

(1) L. 44, D. *ro socio*.

(2) L. 13, D, *Præscriptis verbis*.

(3) « Societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, *sed sibi certum pretium excepit.* »

(4) Cujas, sur la loi 13, D. *Præscript. verbis* : « In dubio non » videtur societas. » *Suprà*, n° 28.

(5) Art. 1986.

ce sera à celui qui l'allèguera à la justifier (1). Mais enfin, si la preuve de l'intention est complètement administrée, le juge ne répugnera pas à déclarer une société. Ulpien le décide ainsi, et son sentiment est approuvé par tous les auteurs (2). Il peut se rencontrer, en effet, telle hypothèse, où le revendeur, ayant intérêt à ne pas être sous le coup d'un mandat révocable, préfère une société qui lui permette de conduire jusqu'au bout une opération dont il attend des bénéfices.

37. Comment trouver cependant dans cette négociation les élémens de la société? Ce contrat a pour condition le partage des bénéfices, et, ici, celui qui est chargé de vendre est exposé à ne rien avoir, tandis que le propriétaire recevra l'intégralite du prix.

Pothier répond à cette objection d'une manière satisfaisante (3); il suffit, pour la validité du contrat de société, qu'il y ait espérance de bénéfices, et rien n'empêche de faire dépendre la part dans les bénéfices de certaines conditions (4). Du reste, tous les autres élémens du contrat de société se rencontrent à la rigueur : la personne chargée de vendre apporte son industrie et ses soins; l'autre apporte la vénalité de sa chose. Les parties ont en vue un bénéfice, le propriétaire en se réservant un certain prix, le revendeur en stipulant que tout le surplus lui appartiendra. Il y a communication conditionnelle du produit de la négociation, puisque si le prix monte à 1,500, l'un aura 1,000, l'autre 500.

Ulpien a donc eu raison de dire que si la volonté des parties venait à faire fléchir certaines vraisemblances, la société se rencontrerait dans l'espèce discutée. On y

---

(1) Favre, *Ration.* sur la loi 13, D. *Præscript. verbis.*

(2) Cujas, *loc. cit.*; Favre, *loc. cit.*; Pothier, n° 13; Felicius, c. XI, n° 32.

(3) N° 13.

(4) *Infrà*, n°s 112 et 644.

trouverait, en effet, l'analogue d'une société de commande et la base de cette célèbre combinaison (1).

38. M. Duvergier n'est cependant pas de cet avis. D'après lui, Ulpien et Pothier se seraient trompés en se prêtant à cet empire de l'intention des parties (2). Mais il ne faut pas croire qu'il soit si facile de trouver en défaut un jurisconsulte tel qu'Ulpien.

M. Duvergier ne paraît pas avoir eu connaissance de la loi 13 D. *Præscriptis verbis*, dans laquelle Ulpien fait aux principes purs toutes les concessions. Notre auteur raisonne sur la loi 44 comme si ce texte ne contenait pas une exception résultant de faits particuliers et renfermée par la loi 13 dans une portée fort étroite; en un mot, il n'a pas vu qu'Ulpien avait traité la question sous toutes ses faces : une première fois en thèse, une seconde fois d'après les circonstances, et que ce double examen donne à ses solutions la plus grande autorité.

39. Suivant M. Duvergier, la société déclarée par le propriétaire du bijou et le revendeur manquerait par deux raisons capitales : la première, c'est qu'il n'y a point entre eux de propriété commune, et que l'industrie de l'un s'exerce sur une chose qui ne cesse pas d'appartenir à l'autre; la seconde, c'est qu'il n'y a pas, à proprement parler, de bénéfice qui se partage entre eux. A mon sens, cette critique pèche par une double erreur. Qu'importe que le bijou ne cesse pas d'appartenir à son propriétaire? est-ce que les parties ont entendu mettre le bijou même en société? est-ce que leur association ne porte pas sur un objet tout différent? n'ont-elles pas stipulé que les apports consisteraient dans l'industrie du revendeur

(1) *Infrà*, n[os] 378 et 382. La même question a été soulevée à l'égard du contrat de commande. On l'a quelquefois appelé *mandat*. L'idée de société a cependant fini par dominer. *Infrà*, *loc. cit.*

(2) N[os] 45 et 50.

et dans la vénalité du bijou du propriétaire? et ces mises ne satisfont-elles pas aux exigences de la loi (1)? On dit que l'industrie du revendeur ne s'exercera pas sur une chose dont la société soit propriétaire! mais on ne tient ce langage que par suite d'une confusion entre la propriété du bijou et l'espérance du bénéfice qui s'attache à la vente de ce bijou. Quand deux commissionnaires s'associent pour vendre des blés, des vins, des étoffes, il est bien clair que leur industrie ne s'exerce pas sur ces choses comme appartenant à leur société, car elles ne cessent pas d'appartenir aux commettans; mais leur industrie s'exerce sur le mandat donné de les vendre, qui est un acte de l'homme de nature à produire un bénéfice. Ici, il en est à peu près de même; l'industrie du revendeur exploite la vénalité du bijou, qui est l'un des élémens de la société. Le droit de vendre le bijou, de spéculer sur sa valeur, de tirer parti de sa qualité d'objet commerçable, appartient désormais à la société par l'apport qu'en a fait le propriétaire; et c'est sur cet intérêt, sur ce bien (2), que s'exerce l'industrie du revendeur pour le plus grand profit de la société. Ces distinctions sont si claires, si palpables, si usuelles, que je ne comprends pas comment le bon esprit de M. Duvergier n'en a pas tenu compte.

40. Mais ce qui n'est pas moins fort, c'est que M. Duvergier ne veuille pas que l'opération dont nous nous occupons soit de nature à produire des bénéfices. Sa raison est que le résultat de la vente confiée aux soins du revendeur est simplement d'obtenir le prix du bijou; que le prix n'est que la représentation de la valeur intrinsèque de la chose et l'indemnité des soins employés

(1) V. *infrà*, n° 112. M. Duvergier dit lui-même, n° 18, avec raison, que tous *les actes de l'homme qui sont de nature à produire des bénéfices* peuvent entrer en société.

(2) Expression de l'art. 1833.

pour vendre; que le propriétaire, en touchant la valeur intrinsèque de sa chose, ne fait pas un bénéfice; qu'il en est de même du revendeur qui ne fait que recevoir le salaire de ses peines.

Mais qui a dit à M. Duvergier que la vente ne devait produire, dans l'intention des parties, que cette exacte représentation de la valeur intrinsèque et cette stricte indemnité des diligences du revendeur? Oublie-t-il qu'il y a deux sortes de prix, le juste prix, et le prix conventionnel qui souvent excède de beaucoup la valeur réelle (1)? N'est-il pas naturel de supposer que les contractans ont entendu que la vente produirait le prix le plus élevé? Je suppose que le *minimum* du prix fixé par le propriétaire soit une somme supérieure à la valeur réelle, à l'estimation, au prix d'achat? que devient alors l'argument de notre auteur? est-ce que le propriétaire ne ferait pas un bénéfice? et s'il arrivait que le revendeur vendît à si haut prix, que la part à lui afférente dépassât de beaucoup ses frais de voyage et le salaire ordinaire de ses journées, il n'aurait pas fait non plus un bénéfice?

41. On voit que les raisons se pressent en foule pour réfuter les objections de M. Duvergier. J'ai insisté sur ce point parce qu'en appliquant à la revente des biens immeubles les exemples donnés par Ulpien pour la vente du bijou, la question acquiert un grand intérêt pratique. Beaucoup d'opérations utiles sont de nature à se lier par le moyen de la société, qui ne seraient pas abordées par le moyen du mandat révocable. On ne doit pas repousser aveuglément des combinaisons dues à la prudence des parties et autorisées par les traditions de la science.

42. Le même Ulpien résout dans la loi 52 au D. *Pro*

(1) Mon com. de la *vente*, t. 1, n° 150, où je cite Cujas et M. Portalis.

socio une autre difficulté tirée de l'affinité de la société et du mandat.

Titius et Sempronius sont limitrophes d'une propriété qui vient d'être mise en vente. Ils conviennent que Titius l'achètera; que le tiers de cette propriété, dans la partie voisine de Sempronius, lui sera cédée, et que Titius gardera le surplus. Quelque temps après, Sempronius achète l'héritage en question sans prévenir Titius. Ce dernier a-t-il action contre l'autre? Suivant Julianus, il y a, avant tout, une question de fait à éclaircir, *implicitam facti quæstionem*; car si Sempronius, préoccupé de son propre intérêt, n'a fait que charger Titius d'acheter, dans le but d'avoir une portion de terrain qui lui était nécessaire, il a pu acheter lui-même et Titius n'a contre lui aucune action. C'est un mandat qu'il avait donné, c'est un mandat qu'il a révoqué. Mais si, au contraire, il a été entendu que l'affaire serait faite collectivement pour le profit commun, *ut quasi commune negotium gereretur*, il y a un contrat de société qui donne à Titius une action contre Sempronius afin d'obtenir la partie de l'immeuble qu'il avait en vue (1).

Ces distinctions de Julianus sont approuvées par Ulpien. Mais M. Duvergier, imbu de l'idée que les lois romaines et l'ancienne jurisprudence n'avaient pas une juste perception du contrat de société, en conteste la justesse (2). S'il consent à voir autre chose qu'un mandat dans l'opération des deux voisins, ce n'est tout au plus qu'un achat en commun engendrant une simple communion, et non pas une société.

La loi 52 est d'un laconisme plein de sens. Quelques mots suffisent au jurisconsulte pour faire les distinctions les plus délicates. Il élague les détails, il franchit les

(1) Pothier, n° 11; Favre, *Ration.* sur la loi 52 *Pro socio.*
(2) N°s 52 et 47.

idées intermédiaires et accessoires, se confiant à l'intelligence d'un lecteur exercé. C'est donc à celui-ci à suppléer à ce que le jurisconsulte a sous-entendu dans sa brièveté profonde.

M. Duvergier fait tout le contraire. Il force les choses dans un sens inverse de la décision. Il multiplie les hypothèses, non pour éclairer la solution, mais pour la trouver en défaut.

Je me contenterai de faire observer, pour la justification de la loi 52, qu'elle se défendra suffisamment d'elle-même tant que ses expressions ne répugneront pas à un de ces achats faits en société dont j'ai parlé au n° 29. Dans ce cas, Julianus et Ulpien ne seront pas plus répréhensibles que Caius dans la loi 2 D. *Com. divid.*, et que Dioclétien et Maximin dans la loi 2 C. *Pro socio* (1). Or, Ulpien savait à merveille tout ce qu'on pouvait dire sur les achats en commun qui n'engendrent qu'une simple communauté; témoin les lois 31, 32, 33 D. *Pro socio,* empruntées à ses écrits. Ne supposons donc pas que, dans la loi 52, il soit allé faire naufrage contre une espèce qui excluerait les élémens de la société (2).

43. Dans les hypothèses que je viens de citer, c'est entre les parties contractantes ou leurs ayans-cause que s'élevait la question de savoir si la négociation était un mandat ou une société.

Elle peut surgir encore d'une manière très-sérieuse dans les rapports des parties avec les tiers; la jurisprudence de la Cour de cassation nous en offre un exemple.

---

(1) Je les ai citées au n° 29.

(2) Pothier, dans ses Pandectes, ne manque pas de faire remarquer que l'achat dont parle la loi 52 ne sera une société qu'autant que les parties auront eu en vue un bénéfice. (Sur le titre : *Pro socio*, n° 4, notes D. et C.) « Si animus contrahentium » fuit ut societatem hujus negotiationis contraherent et *ex ea* » *emptione* LUCRUM IN COMMUNE *facerent.* »

Le sous-directeur d'une compagnie formée pour les remplacemens de jeunes soldats avait traité avec un père de famille, qui craignait de voir son fils atteint par le recrutement. La compagnie étant tombée en faillite, le père de famille poursuivit le sous-directeur en son nom personnel, comme associé. Celui-ci répondait qu'il n'était que simple mandataire salarié, que sa qualité de sous-directeur impliquait naturellement celle de mandataire, et non celle d'associé. Néanmoins, d'après les circonstances de la cause, les juges du fait le déclarèrent associé, et le pourvoi contre cette décision fut rejeté par la chambre des requêtes le 10 août 1831 (1).

44. Après avoir parlé du conflit du mandat et de la société, nous avons à rechercher l'antagonisme de la société avec le louage. Séparés par les principes, ces deux contrats se rapprochent dans certains cas par des emprunts qui ne permettent pas de les distinguer toujours avec facilité.

J'ai rappelé, en effet, dans mon commentaire du *louage*, les discussions qui se sont élevées sur la question de savoir si le bail partiaire est une société, ou un contrat innommé, ou un bail (2). Je crois avoir prouvé que le bail partiaire n'est autre chose qu'une société appliquée à l'industrie agricole; et je trouve cette opinion énoncée dans le discours au corps législatif du tribun Gillet: « Les baux à portion de fruits sont bien, sous plusieurs » rapports, de véritables associations. Mais leur pre- » mier objet est d'abord la facilité des exploitations » agricoles. Voilà pourquoi cette matière a dû être » traitée dans un autre titre particulier (3). »

Les mêmes discussions se sont répétées sur le chep-

---

(1) Dal., 32. 1. 80, 81.
(2) T. 2, nos 637, 638 et suiv.
(3) Fenet, t. 14, p. 419.

tel. Comme j'ai discuté cette question à fond dans mon commentaire du *louage*, je n'ai pas à y revenir (1). J'ajouterai que mon opinion sur le caractère de société qui appartient à ce contrat est encore corroborée par celle de M. Gillet (2) et par un arrêt de la Cour de Paris du 23 février 1809 (3).

Il n'est pas jusqu'au bail ordinaire de biens immeubles qui ne puisse être le siége de graves débats entre la société et le louage. J'ai eu connaissance d'un bail de forge qui, deux fois interprété par la Cour de Dijon, a été tour à tour qualifié de société déguisée et de louage pur (4).

45. Mais c'est particulièrement le louage d'industrie qui présente des analogies délicates avec le contrat de société. Dans le louage d'industrie, le travailleur veut se procurer le prix de ses soins. Dans la société, où l'un des associés apporte son industrie, celui-ci entend aussi obtenir la récompense de son travail (5). Mais, bien que le but soit le même, les moyens d'y parvenir sont très-différens. Le louage d'ouvrage ne comporte pas de fonds social, il ne rend pas le travailleur passible de la perte; tandis que si l'ouvrier a choisi la voie de la société pour se procurer la récompense de son industrie, il y a nécessité de constituer un fonds social; il y a chances de pertes et de bénéfices à supporter en commun.

Ces observations, fort élémentaires du reste, quoique de bons esprits les aient quelquefois perdues de vue (6),

---

(1) T. 3, n°s 1060 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) D. *Société*, p. 83.

(4) Affaire Mollerat. Arrêt du 12 août 1841 qui se prononce pour *la société ;* arrêt du 20 décembre 1841, pour le *louage*.

(5) Mon com. du *louage,* t. 3, n° 1063.

(6) Témoin M. Mouricault, tribun; voyez mon com. du *louage*, t. 3, n° 1063.

nous ont servi ailleurs à fixer le caractère du cheptel simple (1). Elles sont indispensables pour assigner à la combinaison suivante son rang légitime.

46. Il s'agit du contrat par lequel un négociant, voulant éveiller le zèle de ses commis, leur donne au lieu d'appointemens, une part dans les bénéfices de sa maison. Est-ce là une société? ou bien n'est-ce qu'un contrat de louage ?

Cette question a fort occupé la jurisprudence (2). Elle ne peut être résolue que par les circonstances. C'est, comme le disait le jurisconsulte Julianus, *implicitam facti quæstionem* (3).

Si le commis n'est pas admis à la copropriété du fonds social ; si, subordonné à l'autorité du maître, il peut être renvoyé par lui, sauf indemnité ; s'il n'est pas tenu envers les tiers, et que les pertes ne puissent l'atteindre, on a coutume de décider de préférence qu'il n'est pas associé ; sa position est plutôt celle d'un simple commis, qui, au lieu d'un traitement fixe, reçoit pour salaire de son travail une part dans les bénéfices éventuels. Dans ses observations sur le projet du Code civil, la Cour d'appel de Lyon proposait un article ainsi conçu :

---

(1) Mon com. du *louage*, n° 1063.

(2) M. Pardessus, t. 4, n° 969; MM. Malpeyre et Jourdain, n° 14; M. Duvergier, n° 53.

Cassation : 31 mai 1831. S. 31, 1, 249.
D. 31, 1, 206.
Rouen : 6 avril 1811. S. 12, 2, 33.
28 février 1818. S. 18, 2, 132. Dalloz, *Société*, 104.
Paris : 7 mars 1835. S. 35, 2, 235.
D. 33, 2, 95.
Lyon : 27 août 1835. D. 36, 2, 181.
Bourges : 10 avril 1829, et arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1831, qui rejette le pourvoi. D. 32, 1, 388.

(3) *Suprà*, n° 42.

« Le commis, artiste, ou employé de la société, sous » quelque dénomination que ce soit, à qui elle ac- » corde une part quelconque dans les bénéfices, à titre » d'encouragement, ou pour lui tenir lieu de son sa- » laire en tout ou en partie, ou le droit d'opter, pour » son salaire, entre une somme fixe ou une portion dé- » terminée des bénéfices, *n'est pas associé*, il n'est pas » tenu des pertes (1). »

La Cour royale de Lyon a jugé cependant que dans une telle situation les contestations entre le commis et son patron devaient être portées devant les arbitres (2). Dans l'espèce, le commis cumulait avec un traitement fixe de 1500 fr. un tant pour cent dans les bénéfices. Mais ce fait me paraît indifférent, car il est naturel de supposer que ce double avantage n'était que la juste indemnité du travail de ce commis.

Quoique l'arrêt de la Cour de Lyon ne soit pas un modèle de bonne rédaction, il peut cependant se défendre par quelques vraisemblances. On peut dire : la société entre le patron et son commis se réalise d'abord par une réciprocité de mises, le commis apportant son industrie, le patron apportant, sinon les choses mêmes qui composent son fonds de commerce, du moins le mouvement commercial de sa maison (3). Et cette première observation répond à l'objection de ceux qui allèguent que le commis n'est pas admis à la participation du fonds social. Sans doute, il ne devient pas copropriétaire des capitaux du patron : mais qu'importe, s'il est admis à l'achalandage de son commerce, à la rotation de ses affaires, à la mise en action de ses capitaux? est-

---

(1) Fenet, t. 4, p. 312, 313.
(2) Arrêt précité, du 27 août 1835. D. 36, 2, 181.
(3) *Suprà*, n° 39.

ce que ce n'est pas là un *bien* (1) auquel le commis participe, comme le patron entre en communication de son industrie? n'est-ce pas là la base possible d'une société?

En second lieu, on peut ajouter que le commis participe aux pertes, puisque s'il n'y a pas de bénéfices il perd son industrie; c'est en vain qu'il a travaillé.

En troisième lieu, la position subordonnée du commis n'est pas incompatible avec les lois de la société, qui d'une part peut avoir besoin de concentrer une plus grande part d'autorité dans la main de l'un des associés, et de l'autre, de faire dépendre la dissolution de la société de la volonté d'un seul.

Enfin, rien n'empêche de convenir, par le pacte social, que l'associé qui donne son industrie ne sera pas tenu personnellement des dettes (2).

L'arrêt de Lyon peut donc se soutenir à la rigueur par de spécieux argumens. Cette cour n'a eu qu'un tort : c'est de ne les avoir pas déduits avec force et clarté.

Toutefois, je serais bien plus enclin à donner la préférence à l'autre jurisprudence; la position précaire du commis, son infériorité à l'égard du chef, son isolement à l'égard des tiers, indiquent plus logiquement un contrat de louage d'ouvrages, et s'adaptent moins naturellement au contrat de société.

Au surplus, c'est là une de ces questions de fait, que les tribunaux décident souverainement sans que la censure de la Cour de cassation puisse les atteindre. « Voluntatis quæstio in existimatione judicis est. » C'est aux juges à scruter cette intention avec intelligence, et à choisir les présomptions les plus graves, les plus précises, les mieux concordantes.

---

(1) Art. 1833; *suprà*, n° 39; *infrà*, n° 112.

(2) *Infrà*, n° 648 et suiv.

47. Nous venons de voir le mandat, le louage et la société se dissimulant sous les traits l'un de l'autre; nous allons montrer le prêt et la société se donnant la main pour tromper des regards inattentifs.

Dans l'ancienne jurisprudence, qui défendait le prêt à intérêt, cette alliance était surtout très-fréquente (1), et l'on ne saurait croire à combien de controverses elle a donné naissance. Le prêt, stérilisé par les lois canoniques et civiles, faisait les plus grands efforts pour se glisser dans la société, pour se parer de ses couleurs, et usurper avec son nom son privilége de fécondité : tout ce qui a été écrit là-dessus est infini.

Mais, sans entrer dans des détails, que la facilité des lois modernes a rendus inutiles, nous devons mentionner le fameux système des trois contrats (2), inventé de bonne heure par la ruse, et soutenu par les casuistes relâchés comme un des plus sûrs moyens de venir au secours du prêt à intérêt. Pothier s'en est occupé. Mais il n'en a pas connu l'origine; car il croit qu'il fut imaginé par Diana (3), tandis qu'il remonte à une antiquité bien plus reculée.

Les trois contrats, appelés aussi *contractus trium*, sont dûs à la subtilité des clercs orientaux, qui, voyant que l'usure leur était rigoureusement interdite, cherchèrent par des détours à échapper à la prohibition. On croit que ce déguisement habile fut antérieur au concile de Nicée (4) et contemporain de l'hérésie arienne (5); les plus anciens canonistes de l'Orient, Zonare et

---

(1) On peut lire ci-dessus la « *Dissertation théologique sur » l'usure du prêt de commerce et sur les trois contrats.* » Rouen, 1767, p. 72 de la dernière partie.

(2) *Id.*, p. 206 et suiv.

(3) N° 22.

(4) Thomassin, *Traité de l'usure*, ch. 16, p. 385.

(5) *Dissertation théologique*, p. 282.

Théodore Balsamon, qui écrivirent dans le 12e siècle, en parlent déjà comme d'une frauduleuse invention et d'une usure artificieuse (1).

Néanmoins, un jurisconsulte célèbre du 16e siècle, Martin Azpilcueta, surnommé Navarre parce qu'il était du royaume de ce nom, se vantait (2) d'en avoir fait la découverte pour complaire au roi de Portugal, qui désirait ardemment qu'on trouvât un moyen d'excter les particuliers à prêter leur argent aux marchands de Lisbonne, sans être accusés d'usure. Mais c'était là une erreur de l'amour-propre de Navarre. Depuis long-temps les trois contrats avaient été mis en lumière par les artifices de l'esprit grec, et signalés comme une pratique usuraire (3).

Voici, au surplus, le mécanisme de cette combinaison, dont le contrat de société est le pivot (4).

Je contracte d'abord une société avec un négociant dont le fonds de commerce est de 30,000 fr.; je lui apporte 10,000 fr., et il m'associe pour un quart dans son négoce; d'après la marche habituelle de ses affaires, je peux espérer que ma part me produira un bénéfice annuel de 12 pour cent. Voilà le premier contrat, base de l'opération.

Mais une société peut rencontrer des chances mauvaises ; elle peut trouver la perte au lieu du gain ; et comme je ne veux courir aucun risque pour mon capital de 10,000 fr., je fais avec ce marchand un second contrat, que nous qualifions contrat d'assurance, et par lequel il m'assure mes 10,000 fr., moyennant que je

---

(1) Zonare, sur le dix-septième canon du premier concile de Nicée.

(2) Comment. *De usuris*, n° 32.

(3) Thomassin, *loc. cit.*, et *Dissert. théolog.*, p. 283 et 316.

(4) Felicius, *De societate*, c. 19, nos 15, 16, 17.

lui abandonne une part de mes bénéfices, par exemple la moitié.

Me voilà rassuré sur le sort de mon capital dont le marchand répond désormais aussi bien que si je le lui avais prêté par la voie d'un prêt. Mais est-ce tout? pas encore; car les bénéfices ne sont rien moins que certains, et si la société fait de mauvaises affaires, mes 10,000 fr. seront improductifs. Eh bien! nous aurons recours à un troisième contrat qui me sauvera de cet inconvénient. Je vendrai au marchand mon capital de 10,000 fr., et tous mes gains à espérer, moyennant le prix de 10,000 fr., qu'il s'obligera de me rendre à la fin de la société, avec 500 fr. d'intérêts annuels jusqu'au jour du paiement. Par cette vente, pompeusement appelée par les casuistes : *vente d'un plus grand gain espéré, pour un profit moindre et certain* (1), je n'aurai plus à craindre aucune chance, et mon capital me rapportera un intérêt de 500 fr. Dira-t-on que cette convention équivaut à un prêt à intérêt défendu par la loi religieuse et la loi civile? Ce serait être trop sévère, disent les casuistes partisans des trois contrats; et leur grande raison, c'est que ces trois contrats, considérés isolément, étant licites, ils ne doivent pas cesser de l'être parce qu'ils auront été réunis dans une même convention.

L'influence des casuistes en Italie et en Espagne paraît y avoir accrédité cette supercherie auprès des hommes les plus distingués par leurs lumières (2). En

(1) *Dissert. théolog.*, p. 205.

(2) Toubeau, *Instit. du droit consul.*, liv. 2, t. 3, ch. 3, p. 109, cite Scaccia, qui atteste que, *d'après l'avis des R. P. jésuites, personne n'y avait de scrupule*, quand l'intérêt était de 5 p. 100 et que cette opinion, approuvée à Rome par de fort habiles gens, était enseignée en Italie et en Espagne par les professeurs de théologie.

France aussi elle trouva des approbateurs crédules (1) et des défenseurs dogmatiques. De gros livres et des pamphlets vinrent à son aide (2); l'encyclopédie se prononça pour les trois contrats (3), afin de rendre les capitaux civils productifs d'intérêts dans le commerce. La défense de l'usure commençait à poindre chez les économistes sous l'influence de Turgot; les novateurs et les jésuites se donnaient la main!!! Mais tous les esprits sincères, en théologie et en jurisprudence, condamnaient les trois contrats. L'auteur des conférences sur l'usure n'y voyait qu'une *pernicieuse invention*, et Pothier, qu'*une illusion de la cupidité*. Il est évident que, dans la réalité, les parties n'avaient entendu faire ni société, ni assurance, ni vente, et que cette triple simulation aboutissait à la création d'un prêt, honteux de se nommer (4).

Aujourd'hui que le prêt à intérêt est permis dans de justes limites (5), cette fraude des casuistes ne pourrait se reproduire que pour masquer l'usure, ce fléau des fortunes privées; mais l'attention des magistrats saurait la reconnaître sous ce plagiat (6).

---

(1) Toubeau est du nombre.

(2) La *Dissertation théologique* est une réponse à un de ces pamphlets.

(3) T. 17, p. 537.

(4) *Dissert. théolog.*, p. 206.

(5) Loi du 3 septembre 1807.

(6) *Infrà*, n° 652; M. Duvergier (n° 58) a cru la retrouver dans une espèce jugée par la Cour de cassation, le 17 avril 1837 (D. 37, 1, 303. — S. 37, 1, 275). Pour mon compte, il m'est impossible de l'y reconnaître. En fait, il n'y avait pas de société; on ne prétendait pas que cette base des trois contrats eût été convenue entre les parties; on avouait hautement un prêt à intérêt, seulement on soutenait que la loi du 3 septembre 1807 ne s'opposait pas à ce que le prêteur reçût, outre les intérêts légaux, une certaine part

48. Au surplus, quand nous commenterons l'art. 1855, nous nous expliquerons sur plusieurs cas fort importans et fort délicats, dans lesquels le prêt à usure pourrait se glisser adroitement dans la société (1).

49. Lorsqu'un individu fournit des fonds à un négociant pour son commerce avec stipulation qu'il touchera une part dans les bénéfices, il n'est pas toujours facile de distinguer s'il a voulu faire un prêt ou une société; nous allons voir la société servir à dissimuler un prêt usuraire, et le prêt employé pour couvrir d'un voile une société léonine.

Dans une espèce jugée par la Cour de Liége, il avait été convenu que la somme prêtée serait restituée intégralement à la fin de l'opération, ce point de fait fixa vivement l'attention de la Cour : il lui sembla qu'il était assez grave pour faire décider, en l'absence de toute preuve contraire, que le prêt devait l'emporter sur la société; car l'associé, même commanditaire, ne peut pas espérer de recouvrer ses fonds en entier lorsqu'ils ont été atteints en tout ou en partie par les pertes sociales; une telle clause répugne donc à la nature de la société, tandis qu'elle est de l'essence du prêt.

Il est vrai que l'admission du bailleur de fonds au partage des bénéfices, au lieu d'intérêts, convient davantage avec la société. Mais la Cour n'aperçut dans ce rapprochement rien d'assez fort pour briser le nœud qui rattachait la convention au contrat de prêt. Elle crut que le bailleur de fonds avait, tout au plus, entendu se ménager par-là des intérêts plus considérables que les intérêts lé-

---

dans les bénéfices de la société à laquelle son prêt avait rendu service. La Cour de cassation cassa l'arrêt de Paris qui avait autorisé ce cumul.

(1) *Infrà*, nos 652 et suiv.

gaux ; mais qu'il n'avait pas cessé de vouloir retirer du prêt ses avantages réels ; que seulement il les avait voulus plus étendus que ne le permet la loi prohibitive de l'usure. Tout ce que la Cour crut pouvoir faire alors, ce fut de contraindre le bailleur de fonds à restituer ce qu'il avait perçu au delà du taux légal.

J'ajoute que le bailleur de fonds avait stipulé qu'il pourrait surveiller les livres et demander compte à l'emprunteur. Ces circonstances parurent une suite naturelle du partage des bénéfices, et la Cour ne vit en elles rien d'aggravant (1).

Ainsi, dans cette espèce, l'élément social est entièrement effacé par la Cour; le bailleur de fonds est considéré comme assez favorable pour être maintenu dans la position avantageuse d'un prêteur, qui a droit à la restitution de son capital entier ; on le décharge de toutes les obligations de l'associé qui, en cas de naufrage, supporte sa part du sinistre commun.

Mais voici une espèce où la Cour de Paris, par arrêt du 10 août 1807, a pris le contre-pied de cette appréciation (2) : toutefois, il y avait cette double différence dans les faits, savoir : 1° que le bailleur s'était réservé, outre une part dans les bénéfices, les intérêts de son argent à 12 pour cent, taux alors permis ; de telle sorte qu'il y avait un cumul d'avantages qui ne se rencontrait pas dans l'espèce précédente ; 2° qu'il avait pris dans plusieurs actes la qualité de commanditaire, à côté de celle de prêteur.

C'est pourquoi, la Cour déclara, en fait, que le bailleur de fonds n'avait eu d'autre intention que de faire une société ; non pas une société basée sur un pied

(1) Dalloz, *Société*, p. 103 et 104. Son arrêt est du 9 juillet 1821.
(2) D. *Société*, p. 130. MM. Malpeyre et Jourdan, p. 322.

d'égalité, mais une société léonine, pour profiter des bénéfices et ne supporter aucune perte; que s'il avait quelquefois affecté de prendre le titre de prêteur, c'était dans le but insidieux de se ménager deux qualités profitables, suivant les circonstances : celle de prêteur, en cas d'infortune, afin d'échapper aux pertes; celle de commanditaire, en cas de bonne chance, pour partager les gains; que dès lors il était clair que le prêt n'avait pas été le but du contrat; qu'il n'avait été qu'une voie détournée pour enfreindre les principes destinés à maintenir l'égalité dans le contrat de société.

50. Ces exemples montrent combien les mêmes faits penvent se prêter à des interprétations diverses. Dans ces sortes d'affaires, l'intention des parties et leur bonne foi exercent sur l'esprit du juge une influence dont la théorie doit savoir tenir compte.

Je ne ferai qu'un reproche à l'arrêt de la Cour royale de Paris : c'est d'avoir posé comme principe *évident* que, dans le doute, on doit présumer un contrat de société plutôt qu'un contrat de prêt, parce que le débiteur, en faveur duquel la loi incline toujours, trouve une entière décharge dans le contrat de société. Je crois cette maxime trop absolue; souvent elle conduirait à des applications dangereuses et forcées; j'ai même cité ci-dessus l'adage contraire de Cujas : *In dubio non videtur societas* (1). Il ne faut pas faire violence à la volonté des parties par ces vérités de convention qui sont quelquefois si douteuses. Du reste, on aperçoit le haut intérêt qui s'attache ici à la qualification du contrat : prêteur, le bailleur de fonds retire son argent; associé, il le perd pour payer les dettes de la société.

---

(1) No 35; junge 28, 30.

51. Les mêmes difficultés d'appréciation ne se rencontrent pas dans le cas suivant.

La ville de St.-Pierre (Martinique), n'ayant pas de fonds pour la construction d'une salle de spectacle, émet 80 actions de 3,000 francs chaque ; il est convenu que chaque action, *dans l'entreprise de la restauration de la salle de spectacle*, a hypothèque et privilége de bailleur de fonds sur l'édifice et ses dépendances ; que le prêteur a droit à un intérêt de 6 pour cent, et de plus à un billet de première loge tous les mois, à dater de l'ouverture de la salle.

L'entreprise n'ayant pas réussi, un des actionnaires assigna la ville de Saint-Pierre en remboursement du capital de son action et des intérêts. La ville soutint que les actionnaires n'étaient pas de simples prêteurs; qu'ils étaient associés dans l'*entreprise*; que leurs titres portant le nom d'*action* impliquaient nécessairement l'idée d'une société, d'après les art. 34 C. de commerce, 529 C. civ.

Ce système échoua devant les tribunaux de la Martinique. La Cour royale décida que les bailleurs de fonds n'avaient pas entendu faire une société, qu'ils étaient seulement intervenus pour venir au secours de la ville et lui faire une avance; que la ville n'avait jamais entendu non plus les admettre à la copropriété de la salle de spectacle et de ses dépendances; qu'ainsi de part et d'autre on avait voulu rester dans les conditions d'un prêt.

Sur le pourvoi formé par la ville de Saint-Pierre, la chambre des requêtes, par arrêt du 10 mai 1837, rejeta le recours en cassation (1).

Le bien jugé de ces décisions est évident. D'abord, la ville de Saint-Pierre était dans l'erreur quand elle pré-

(1) D. 37, 1, 338.

tendait que la division du capital par actions était la preuve de l'existence d'une société. On sait que ce mode de division d'un capital n'est pas particulier aux sociétés, et qu'il peut se rencontrer dans d'autres opérations fort différentes (1).

Les argumens qu'on pouvait tirer du taux des intérêts et de l'avantage d'une place au théâtre n'avaient rien de décisif; car dans les entreprises commerciales l'intérêt légal est de 6 %; et la légère faveur d'une place par mois n'était qu'une gratification honorable accordée à des citoyens qui s'étaient empressés de venir au secours de leur ville.

Mais ce qui était démonstratif d'un prêt et exclusif d'une société, c'est que les actionnaires ne devenaient pas propriétaires de la chose; c'est que cette chose leur était même donnée à hypothèque ou comme assiette d'un privilége!! c'est qu'ils n'étaient pas associés aux bénéfices de l'entreprise et que les profits à espérer ne devaient pas être répartis entre eux.

Du reste, je trouve une décision semblable émanée de la Cour d'Orléans, dans une espèce où l'acte qualifiait expressément l'opération de société en commandite. Mais la Cour, fidèle au principe que dans les contrats il faut s'arrêter non aux mots, mais aux choses, refusa de voir une société dans un agissement qui n'en contenait pas les conditions essentielles ; elle voulu que les bailleurs de fonds fussent dépouillés de la qualité apparente d'associés, pour être revêtus, même à l'égard des tiers, du titre réel de prêteurs. Son arrêt du 18 juin 1838 (2) est motivé avec force.

52. En voilà assez sur les rapports de la société et du prêt. Parlons des analogies de la société et de la vente.

---

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 969 ; *infrà*, n° 143.
(2) D. 39, 2, 105.

Le contrat de société est fort différent de la vente, ainsi que les feudistes l'ont expliqué dans leurs recherches sur les retraits. Jamais il n'a équipollé à vente (1). Cependant, commme il a pour effet d'aliéner les mises au profit du corps moral, il se complique d'un élément qui le rapproche de la vente (2). De là il est souvent arrivé que des parties voulant éviter les droits d'enregistrement, qui sont plus élevés pour la vente que pour la société, ont enveloppé une vente réelle sous les dehors empruntés d'une société fictive. Un exemple conduira tout de suite le lecteur au cœur de la difficulté.

Le 18 novembre 1829, Poli et Rocaserra font entre eux la convention suivante :

Poli met à la disposition de Rocaserra tous les chênes à liége qu'il possède, au nombre de 500,000, en en garantissant au moins 100,000. De son côté, Rocaserra s'engage à les faire abattre, écorcer, brûler et convertir en potasse.

Poli, après s'être expressément obligé et porté fort pour toute garantie, se réserve pour sa part du gain 5 fr. 50 c., payables au 1er août de chaque année, par tant de kilogrammes de potasse.—Le restant appartiendra à Rocaserra, attendu que ce dernier s'oblige à faire toutes les dépenses pour le succès de l'opération. Il est à noter que Rocaserra avance à Poli 25,000 fr., qui seront décomptés sur les gains des quatre premières années, l'opération devant être terminée dans 6 ans.

La régie a soutenu que ce traité n'avait que le nom de la société, mais qu'il n'en contenait pas les élémens ; que, par exemple, Poli n'était pas soumis aux pertes;

---

(1) Pothier, *Retraits*, n° 103.

(2) Sans être cependant la vente, ainsi qu'Ulpien le fait remarquer dans la loi 13, § 1, D. *Præscript. verbis ; infrà*, n° 58.

qu'en réalité les contractans n'avaient fait qu'une vente, une cession de coupes de bois.

Mais le tribunal de Sartène (Corse) conserva au contrat la qualification de société, et, par arrêt du 7 janvier 1835, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre sa décision : « Attendu que si les différentes clauses » de cet acte présentent quelque imperfection dans leur » rédaction, *elles n'ont rien d'absolument inconciliable* avec » la qualification d'acte de société (1). »

Le jugement du tribunal de Sartène contient un considérant que je dois relever. Répondant à l'objection tirée de ce que Poli n'avait pas de chances à courir, le tribunal établit : « Que la contribution aux pertes n'est » pas de l'essence de la société; qu'on objecterait en vain » que l'art. 1855, en frappant de nullité la convention » qui donnerait à l'un des associés la totalité des béné- » fices, étend la même disposition à toute stipulation qui » affranchirait de toute perte les sommes ou effets mis » dans le fonds de la société, puisqu'il est évident qu'il » existe une grande différence entre la contribution qui » frappe le fonds de la société et celle qui frapperait cha- » que associé au delà de sa mise, la première étant une » suite nécessaire des malheurs de l'entreprise, et la se- » conde ne pouvant jamais être que le résultat de la con- » vention expresse ou tacite des parties; que l'ancien » droit écrit, dont le Code *n'est en cette matière que la copie*, » permettait de stipuler qu'un associé prendra part » dans les bénéfices et n'en supportera aucune dans les » pertes. »

Je n'ai rien à dire pour le moment de l'interprétation que le tribunal donne de l'art. 1855; je renvoie à mon commentaire de cet article. Du reste,

---

(1) Champ., t. 3, n° 2759; D. 35, 1, 167.

s'il était vrai que, d'après la saine intelligence du contrat, Poli n'était affranchi des pertes qu'au delà de sa mise; comme rien n'est plus licite qu'un tel pacte, il n'était pas nécessaire, pour en démontrer la justice et la légalité, d'évoquer la règle amphibologique que la contribution aux pertes n'est pas de l'essence de la société. Est-ce que celui dont la mise subit toutes les mauvaises chances de l'opération ne contribue pas aux pertes? Pourquoi le tribunal se mettait-il sans nécessité sur un terrain aussi périlleux (1)?

Au surplus, il n'était pas impossible, en réalité, de trouver dans Poli la position d'un associé qui court la chance de bénéfices aléatoires. Sans doute 25,000 fr. lui étaient payés comptant, et cet avantage lui était irrévocablement acquis, quel que fût l'avenir de l'entreprise. Mais ce prélèvement ne représentait pas la totalité des bénéfices. Il restait autre chose à prendre, et l'on se rappelle que le contrat attribuait à Poli 5 fr. 50 c. par tant de kil., tandis que Rocaserra devait avoir le surplus. Or, ces 5 fr. 50 c. étaient-ils attribués à Poli quoiqu'il arrive et, comme le soutenait la régie, indépendamment de toute chance heureuse ou malheureuse? Ou bien Poli ne pouvait-il y prétendre, qu'autant que tous frais payés, il y avait des bénéfices? Dans cette dernière hypothèse, à laquelle il n'était pas impossible de plier le contrat, le caractère social s'attachait évidemment à la convention; et c'est probablement en faisant allusion à cette interprétation que la Cour de cassation a dit dans ses motifs (si différens de ceux du tribunal de Sartène), que l'acte, quoique imparfait dans sa rédaction, n'était pas *inconciliable* avec une société.

Quoiqu'il en soit, on voit combien est fragile le sort

---

(1) *Infrà*, n° 648.

de ces actes qui se revêtent si légèrement du voile de la société. Leur existence tient presque toujours à une nuance délicate; et malheur aux parties si elle échappe à l'attention du juge!

Pour moi, si j'avais été chargé d'interpréter la convention de Rocaserra et de Poli, j'aurais été plus disposé à y trouver une vente qu'une société ; une vente, dis-je, déguisée sous les traits fugitifs de la société, pour éviter des droits d'enregistrement. Du côté de Rocaserra, j'aurais aperçu tous les bénéfices et toutes les pertes, ainsi qu'il arrive à l'acheteur; du côté de Poli, un prix déterminé, se composant de 25,000 fr. et de 5 fr. 50 c. par tant de kil., et payable invariablement, sans règlement de compte, et abstraction faite de toute éventualité.

53. Du reste, sans parler davantage de simulation, il est souvent arrivé que celui, qui ne pouvait vendre avantageusement une chose dont il était propriétaire, a eu recours pour s'en défaire à la voie de la société. Un fabricant a une usine considérable; arrive un moment où, voulant se retirer, il cherche à la vendre. Mais les acheteurs ne se présentent pas, car il faut des capitaux trop élevés pour en payer le prix. Le fabricant forme alors une société en commandite par action, dans laquelle il se réserve un intérêt afin de donner garantie et confiance aux actionnaires. Par cet arrangement, il cesse d'être propriétaire; c'est le corps moral personnifié dans la société qui acquiert l'usine et à qui elle appartient désormais. Cette combinaison est parfaitement irréprochable. Il est vrai que c'est un moyen d'aliéner, sans payer les droits ordinaires de mutation. Mais la loi l'autorise, et il n'est pas défendu à une personne de choisir la voie qui lui convient le mieux pour protéger ses intérêts.

54. L'alea, qui gouverne plus ou moins le contrat de

société, ne doit pas le faire confondre avec les tontines, ou réunions de rentiers, qui conviennent que les rentes dues aux prémourans profiteront aux survivans. M. Pardessus (1) a très-bien fait observer qu'une tontine ne présente ni travail, ni produit. La somme des capitaux reste toujours la même; ni l'industrie, ni le temps ne la peuvent augmenter; de plus, les produits, considérés en bloc, sont invariables; la répartition seule est soumise aux modifications qu'amènent les décès; l'aléa roule donc ici sur le nombre des parties prenantes, tandis que, dans la société, c'est sur les capitaux et leurs produits que s'exercent les chances aléatoires.

55. Le contrat à la grosse aventure est aussi tout-à-fait distinct de la société (2). Si le prêteur reçoit quelque chose au delà des intérêts légaux, ce n'est pas par suite d'une association; c'est le prix du risque qu'il court de tout perdre dans le cas où le bâtiment périrait. Il y a si peu société, que si l'emprunteur venait à vendre les marchandises affectées au prêt, moins cher qu'elles n'ont coûté, le droit du prêteur n''en serait pas diminué. Il est vrai que le prêt à la grosse établit une sorte de communauté d'intérêts entre le prêteur et l'emprunteur, puisque le premier n'est payé qu'autant que les choses sur lesquelles le prêt a eu lieu ne périssent pas (art. 325, Code de commerce). Mais c'est plutôt une solidarité de risque qu'une communauté véritable. Dumoulin a très-bien dit : « Non est contractus societatis, » *quia periculum non est commune*, nec etiam lucrum » commune. »

---

(1) T. 4, n° 970.

(2) Émerigon, t. 2, p. 394, a fait ressortir cette vérité contre Casaregis, *disc.* 7, n° 2, et autres auteurs cités; Dumoulin, *Contract. usur.*, n° 98; M. Pardessus, t. 4, n° 971, qui a suivi ces jurisconsultes, aurait bien dû les citer.

Rien n'empêche cependant, dit Émerigon, de réunir le contrat à la grosse au contrat de société. Vous armez un vaisseau pour la pêche, pour la course, ou pour la marchandise; je vous fournis telle somme à condition que, si le navire périt, mon argent sera perdu pour moi et que, si le vaisseau arrive à bon port, mon capital me sera rendu et que j'aurai en outre une telle part aux profits de la navigation. Ici le contrat de société domine sur le contrat à la grosse (1).

56. J'en ai dit assez pour montrer les contrastes et les analogies de la société avec d'autres conventions usuelles. Après ce travail de comparaison, les bases du contrat de société ressortiront, ce me semble, avec plus de clarté. On saura les retrouver à travers les complications d'élémens étrangers, ou même sous le masque de la simulation.

57. Du reste, il faut remarquer que lorsqu'une convention n'a que la simple apparence de la société, toute partie intéressée a le droit de la ramener à sa vraie qualification. Les tiers y sont admis contre les parties; les parties, contre les tiers. Ainsi donc, quand bien même les tiers trompés par une vaine couleur auraient cru contracter avec une société, le prétendu associé serait toujours admis à les faire rentrer dans la vérité et à se faire reconnaître dans sa qualité. L'art. 42 du Code de commerce ne serait pas un argument. Car il suppose une convention qui réunit toutes les conditions essentielles d'une société réelle. C'est ce qu'a jugé la Cour d'Orléans par arrêt du 18 juin 1838 (2).

58. Lorsqu'une société a été légalement constituée par la réunion des conditions intérieures et extérieures

---

(1) Émerigon, t. 2, p. 395; Deluca, *De credito*, c. III, n° 8; Fagnan, ad cap. *Naviganti*, n° 28.

(2) D. 39, 2, 105.

que requièrent les art. 1832, 1833, 1834 du C.c., elle donne naissance à un corps moral, qui se distingue des associés pris individuellement; elle forme une personne abstraite, envers lequelle les associés ont des devoirs à remplir; une personne, dis-je, qui a ses droits, ses prérogatives, son domaine de propriété, son actif et son passif propres. Pendant tout le temps que dure la société, le contrat attribue, sous certains rapports (1), à l'être moral que forme la réunion des associés, la propriété des mises conférées par chacun d'eux (2); en ce sens, le contrat de société est translatif de propriété (3). La société, tierce personne distincte des associés, est par rapport à eux dans une situation qui rappelle celle d'un acheteur (4). Les associés sont garans envers elle de leurs mises, de même que le vendeur est garant envers l'acheteur (5). A la vérité, le partage qui est la fin de toute société fera acquérir aux associés individuellement la propriété de chaque lot. Mais avant cet évènement, ce ne sont pas les associés qui, en quelque manière, sont regardés comme propriétaires des choses mises dans la société. C'est la société qu'une fiction utile et expressive en investit, en lui donnant la consistance d'une personne morale qui se dégage des individus.

Ce point de droit me paraît certain (6). Mais comme toutes les convictions ne sont pas bien assises à cet égard,

---

(1) *Infrà*, n° 70, la limitation de ceci.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 884.

(3) Pothier, *Prescription*, n° 79.

(4) Quoiqu'il n'y ait pas identité parfaite. *Suprà*, n° 52; Ulp. l. 13, § 1, D. *Præscript. verbis*.

(5) Argument de l'art. 1845; *infrà*, n° 625.

(6) Voy. en ce sens MM. Delvincourt, t. 3, p. 8; Duranton, t. 17, n° 334, 388; Pardessus, t. 4, n° 1089, 1207; Proudhon, *Usufruit*, n° 2064, 2065; Favard, voy. *Société*, ch. 2, sect. 4, § 2, n° 4; Duvergier, n° 382; Championnière, *Traité des droits d'enregis-*

je crois devoir me livrer à quelques observations de nature à les fortifier dans une règle que je considère comme fondamentale en matière de société (1).

59. Il est incontestable que la société apparaissait aux jurisconsultes romains comme un être moral, pareil à une succession vacante, aux corps municipaux et autres personnes civiles reconnues par leur droit. Le jurisconsulte Florentinus le déclare de la manière la plus expresse. « Mortuo reo promittendi, et antè aditam hæreditatem, fidejussor accipi potest; quia *hæreditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria, et societas* (2). » Ce texte est très-remarquable. Florentinus veut assigner le rôle de la succession qui n'est pas encore appréhendée; où va-t-il prendre les points de comparaison qui doivent caractériser cette individualité, sans personnification vivante? Dans des personnes morales devant lesquelles s'effacent les individus, dans un municipe, dans une décurie, dans une société. Ainsi donc, de même qu'un municipe absorbe dans son être abstrait les individus dont il se compose, de même une société est, dans ses rapports intérieurs et extérieurs, une personne morale qui éclipse les associés qui la forment (3); les associés ne sont pas plus à considérer que l'héritier

---

trement, t. 3, n° 2743, etc.; MM. Delamarre et Lepoitevin, *Contrat de communion*, t. 2, p. 468.

(1) M. Toullier ne l'admet ni en droit civil, ni en société de commerce, t. 12, n° 82. M. Fremery ne voit un corps moral que dans les sociétés de commerce, et point dans les sociétés civiles. (*Étud. de droit commercial*, ch. 4, p. 30.) C'est aussi l'opinion de M. Vincens, *Legisl. com.*, t. 1, p. 297, et *Des sociétés par action*, p. 6 et 7; et de M. Zachariæ et de ses annotateurs, t. 3, p. 55, note 6, et p. 66, § 381 (*bis*), et note 1. Les annotateurs de M. Zachariæ exceptent les sociétés civiles anonimes.

(2) L. 22, D. *De fidejussor.*

(3) Godefroy met cette note sur cette loi : « Municipium, decuria,

n'est à rechercher pour savoir si une hérédité jacente peut remplir une fonction juridique (1).

La même idée est reproduite par Ulpien dans la loi 3, § 4, D. *De bonor. possessi* : « A municipibus, et *societa-* » *tibus*, et decuriis, et *corporibus*, bonorum possessio » agnosci potest. » Ulpien met les sociétés sur la même ligne que les municipes, les décuries, etc.; elles sont à ses yeux des corps moraux.

60. Ce caractère était surtout manifeste dans les sociétés organisées pour l'exploitation des mines et des salines, et pour le recouvrement de l'impôt; sociétés si nombreuses dans l'empire et si puissantes par leur crédit et leurs richesses. Elles formaient un corps, une université (2), et avaient une organisation représentative (3). C'est pourquoi les interprètes les ont appelées *societates collegiatæ* (4), parce qu'elles étaient de véritables colléges publics, reconnus comme tels dans toutes leurs relations. Cet exemple suffirait à lui seul pour démontrer l'erreur de ceux qui ont pensé, que ce n'est que vers le 12e siècle que l'on vit éclore l'idée *toute nouvelle* de la société considérée comme un être collectif ayant une volonté, un domicile, un patrimoine, une activité propres. Si M. Frémery n'eût pas perdu de vue les sociétés des publicains dont les lois romaines parlent

---

» *societas*, licet *pluribus personis constent*, unius tamen personæ » vicem sustinent. »

(1) Du reste, Cujas remarque qu'un municipe, une décurie, une société, sont bien plus des personnes morales qu'une hérédité jacente ; car celle-ci n'est pas capable de recevoir un usufruit, les autres ont capacité pour cela. (Recit. sol. sur la loi 3, § 4, D. *De bonor. possession.*

(2) Caius, l. 1, D. *Quod cujusq. universit.*

(3) Voy. préface.

(4) Balde sur la rubrique du C. *Pro socio;* Felicius, préface, n° 33.

si souvent (1), il n'aurait pas avancé que le droit civil n'avait jamais offert d'exemple d'une semblable institution (2); il l'eût trouvée vivante dans le droit romain.

61. Du reste, je le répète, ce n'est pas seulement dans les sociétés publiques pour les impôts que l'on proclamait l'existence d'un être collectif. La personne abstraite se détachait également dans les sociétés privées et ordinaires (3). Il est vrai que le corps moral y était moins saillant, moins énergiquement dessiné, il n'avait pas le caractère public des sociétés vectigaliennes, on ne pouvait lui donner le nom de collége (4); mais, quoique plus caché, il n'en était pas moins réel. Les lois que j'ai citées en sont une preuve certaine (5).

Au surplus, écoutons le jurisconsulte Paul, dans la loi 65, § 14, D. *Pro socio*.

« Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, » et alicui sociorum quid absit, cum eo solo agendum » penes quem ea pecunia sit. Quâ deductâ, de reliquo, » quod cuique debeatur, omnes agere possunt. »

Dans cette espèce, le jurisconsulte considère la société comme un être de raison distinct des associés; il la personnifie dans la caisse commune, tour à tour créancière ou débitrice (6). Un associé a souffert un dommage qui

---

(1) Pomponius, l. 59, D. *Pro socio;* Ulpien, l. 5, D. *Pro socio*, l. 31, § 1, D. *De furtis*, l. 3, § 4, D. *De bonor. possess.* Caius, l. 1, D. *Quod cujusc. univers.*

(2) *Loc. cit.*,

(3) Pomponius les appelle ainsi par opposition aux sociétés de publicains, l. 59, D. *Pro socio*.

(4) Bodin, l. 3, ch. 7, p. 351, in fine, et 352, réfute Bartole et Accurse, qui ont cru que trois personnes réunies en société de tous biens forment collége. Sur les colléges et corps moraux, voy. M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. 2, p. 251, § 88.

(5) C'est aussi l'avis de M. de Savigny (*loc. cit.*). Mais il ne discute pas la question.

(6) Voy. aussi art. 1846 du Code civil.

lui donne droit à une réparation de la part de la société; s'il est vrai qu'il faille considérer les associés plutôt que la société, cet associé devra s'adresser à chacun de ses co-associés individuellement, pour se faire indemniser par eux suivant leur part et portion. Mais il n'en est pas ainsi. D'après Paul (1), c'est plutôt par la société que par les associés que l'indemnité doit être payée : c'est la société, c'est la caisse, qui devront être actionnées. Sur quoi le président Favre fait cette judicieuse remarque: « *Societas enim ipsa est quæ debet, et arca communis quæ » inter socios* FICTÆ CUJUSDAM PERSONÆ VICEM OBTINET. »

Et comme il y avait peu de sociétés qui n'eussent une caisse commune (2), il s'ensuit que la personnification dont parle Favre, et sur l'idée de laquelle repose la loi 65, § 14, était la règle générale du contrat de société.

Aussi, voyez cette idée d'un corps moral distinct des associés se produire dans le langage de la pratique, et dans les harangues des avocats! Cicéron, dans son discours pour Quintius, veut reprocher à Nævius le retard frauduleux de ses réclamations contre son associé ou sa succession. « Neque intereà verbum ullum interponit » Nævius, AUT SOCIETATEM *sibi quidpiam debere, aut* » PRIVATIM *Quintium debuisse* (3). » N'est-ce pas là le pittoresque antagonisme de la société et des personnes privées qui la composent?

62. Cette personnification de la société produisait un autre effet qui n'a pas échappé à la sagacité des interprètes.

---

(1) Je suis le commentaire du président Favre sur la loi précitée. (*Ration. ad Pand.*).

(2) Aussi Cujas disait-il : « Omnis societas habet arcam pecu- » niamque communem, sicut omne collegium et omnis univer- » sitas. » — Sur la loi 82 D. *Pro socio* (lib. 3, respons. Papin.); argument de la loi 1, § 1, D. *Quod cujusq. univers.*

(3) n° 4.

Une société a placé à la tête de la caisse commune un de ses membres, comme cela arrive souvent (1). Supposons que ce préposé demande, au nom de la société, à l'un des associés de verser la mise à laquelle il s'est engagé. Ce dernier, qui est créancier du gérant, pourra-t-il lui opposer une compensation? Non, répondent les interprètes par argument de la loi 65, § 14, D. *Pro socio*. Et pourquoi? Parce que le gérant n'agit pas *ut singularis persona*. C'est la société qui se présente comme corps, sous son nom. *Corpus societatis agit, non ille* (2).

---

(1) Favre sur la loi 82, D. *Pro socio* : « Solet, in societatibus *fere omnibus*, procurator constitui qui solus, omnium nomine, societatem exerceat, quem sciunt socii majoris esse vel diligentiæ, vel gratiæ, vel industriæ, ut in l. 59 et 80 D. *Pro socio.* »

(2) Balde sur la loi 9 *Ejus*, C. *De compensat.* Voici le passage entier : « Nos videmus plerumque quod socii bursam communem faciunt, » et constituunt aliquem, qui præsit illi bursæ, ut D. *Pro socio*, » l. 63, § 5, *Si cum tres*. Modò pone, quod talis præpositus, » nomine societatis, petit ab uno ex sociis quod ponat certam quan- » titatem in societate quam ponere debet; dicit ille : Tu debes » mihi tantam quantitatem et ideo compenso totum. Quæritur » quid juris? Respondeo : Compensatio non procedit, *quia corpus » societatis agit*, non ille tanquam singularis persona; et ideo quod » debetur societati, non compensatur cum uno ex sociis, ut D. » *Pro socio*, l. 65 *Actione*, § 14, *Si communis*. »

Balde vient de parler des sociétés en général; Salicet va donner un exemple emprunté aux sociétés de commerce (sur la même loi, n°s 3, 4) : « Quæro cum Cyno : Plures fecerunt societatem *in » arte cambii*, et unusquisque certam quantitatem debet ponere in » bursa communi, et omnes ex eis unum constituerunt qui præesset » tabulæ et bursæ; petit iste præpositus, societatis nomine, ab uno » eorum quantitatem quam ponere debebat in societate; excipit » iste : Tu mihi debes tantumdem vel partem, undè illud compenso. » Quæritur an possit? dicendum est quod non; quia iste alienum » debitum compensat, non quod debetur à societate cujus nomine » petitur; iste enim non petit ut sibi debitum, nec ipse *ut singu- » laris persona, sed debitum* SOCIETATIS. Ideò ei non compensatur

Voilà des autorités qui pourront paraître formelles et décisives.

63. Voudrait-on se faire une objection de la loi 13, § 1, D. *Præscriptis verbis*, dans laquelle Ulpien déclare que la mise en société n'emporte pas aliénation de la chose, « *Nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit* » ? Dira-t-on que puisqu'on ne cesse pas d'être propriétaire de l'objet apporté, c'est la preuve qu'il n'y a pas dans la société un corps moral, distinct des associés et propriétaire de l'actif; car la propriété ne peut être à la fois aux associés et à la société?

Mais il faut faire attention à la portée de cette loi. Ulpien ne veut pas dire que tant que dure la société, l'associé n'a pas aliéné son droit de propriété sur son apport. Car il se mettrait en contradiction avec Paul (1) et

---

» quod ipse *ut singularis persona debet* (Arg. hujus legis et *infrà*, » c. 1, *Si velut*, —) et pro hoc accedat, D. *Pro socio*, l. *Actione*, § *Si* » *commun*; pro hoc etiam facit, quia si pecunia ista est statuta ad usus » communes societatis, facit quod istud non sit distributum *singularis* » *personæ sed societatis*; quia, quod *est universitatis*, *non est sin-* » *gulorum*; l. *In tantum*, § *Universit.*, D. *De rerum di.* Item de isto » debito communi primò debent solvi debita societatis, quam pri- » vata debita sociorum; sicut in actione de peculio primo debet » solvi quod domino et in ejus potestate positis, et socio debetur, » quam cæteris, ut not. in C. penult. *infrà Quod cum eo.* »

Mais bien que l'exemple de Salicet soit pris des sociétés de commerce, ses autorités sont tirées des textes du droit romain empruntés aux sociétés civiles; Cynus qu'il invoque est d'ailleurs très-général dans sa doctrine. La voici : sur la loi *In ea*, C. *De compens.* :

« Plerumque videmus quod socii bursam communem faciunt et » constituunt aliquem qui præest illi bursæ. Modò pone quod talis » præpositus petat ab uno ex sociis, quod debet ponere in bursam » communem; dicit socius : Tu debes mihi tantum; compenso » tecum; numquid potest? Videtur quod non. — Arg. ejus quod » dicitur de pecunia debita in causa alimentorum et statutorum » sumptuum. »

(1) L. 1, § 1, D. *Pro socio*.

Caïus (1). Et il est certain que pendant la durée de la société, il y a communication et aliénation. *Res continuo communicantur.* Seulement, cette aliénation n'est pas absolue; et, à la fin de la société, chacun retire une part. Or, c'est ce retrait possible qui préoccupe Ulpien et lui fait dire que la société n'entraîne pas une aliénation. Non! ce n'est pas une aliénation absolue, comme celle qui engendre la vente : non, l'associé n'abdique pas sa chose radicalement et à toujours. Tel est le sens de ce texte d'Ulpien tel que l'a fixé le président Favre (2); on n'y saurait trouver une objection serieuse.

64. Du reste, je ne voudrais pas me prévaloir pour soutenir mon opinion d'une raison que M. Duvergier a puisée dans la différence de l'action *pro socio* avec les actions *familiœ erciscundœ* et *communi divid.* (3). Pourquoi, se demande cet auteur, l'action *pro socio* était-elle purement personnelle (4), tandis que les deux autres étaient mixtes (5)? C'est, dit-il, parce que la propriété des choses formant l'actif social n'était pas placée dans les mains des associés, au même titre que la propriété des objets composant une succession ou une communauté l'est dans les mains des héritiers ou des communistes. Si chaque associé eût été considéré comme personnellement propriétaire d'une partie des choses appartenant à la société, l'action *pro socio* ayant pour objet le partage eût

---

(1) L. 2, D. *Pro socio.*

(2) Rat. ad Pand., sur la loi 13, § 1, D. *Prœscript. verb.* : « Sic » enim intellige ut qui societatem etiam universalem et in perpetuam contrahit, rem suam communicet socio et in eam partem » dominii transferat, non in perpetuum, *sed quamdiù tantùm » durat societas.* V. aussi Pothier, *Société*, n° 3.

(3) N° 382.

(4) *Suprà*, n° 27.

(5) *Suprà*, n° 27.

été mixte; puisqu'elle est personnelle, il faut chercher en dehors des associés le véritable propriétaire de l'actif social. Ce propriétaire ne peut être que la société elle-même. Or, admettre que l'être collectif a un droit de propriété, c'est reconnaître qu'il est une personne civile.

Ainsi raisonne M. Duvergier. Mais je ne puis me décider à faire cause commune avec lui dans cette argumentation. L'action *pro socio* n'a jamais eu la même fin et le même but que l'action *communi dividendo* (je laisse de côté l'action *familiæ erciscundæ* qui n'avait lieu qu'en matière de succession). Ulpien le déclare en propres termes dans la loi 13, D. *Pro socio*, où il enseigne que l'action *communi dividendo* n'empêche pas l'action *pro socio*. En effet, la première concerne plus la division des choses communes que les prestations personnelles; au contraire, la seconde ne concerne que les prestations personnelles et les obligations respectives découlant du contrat de société (1). A entendre M. Duvergier, il semblerait que le partage d'une société ne dût se faire que par l'action *pro socio*, et non par l'action *communi dividendo*, propre à la simple communauté. Eh bien ! Ulpien dit tout le contraire. Il nous montre un partage opéré par l'action *communi dividendo* entre associés, et s'il faut en croire les meilleurs interprètes, Do-

---

(1) Favre sur cette loi: « Actionem communi dividendo *non tam* » *ad personales vicissim prestationes* pertinet, ut actionem pro socio, » quàm *ad communium rerum divisionem*; et contrà, actionem pro » socio magis ad personales invicem præstationes, *quam ad res dividendas*; etsi judicium quoque communi dividendo, suas quoque » præstationes habet accessorias. » — Plus haut, il avait dit : « Actio » communi dividendo adjudicationes mutuas admittit, *quas admittere non potest actio pro socio.* »

neau (1), Vinnius (2) et Voet (3), on ne pouvait partager les choses communes dans une société que par l'action *communi dividendo* seule, jamais par l'action *pro socio* (4), dont la fin ne concernait pas la division et l'attribution des lots (5).

65. Mais revenons à notre conclusion. On a vu les idées que le droit romain a transmises au droit des nations modernes sur l'existence des sociétés comme corps moral. De bonne heure elles ont été développées par les interprètes. Balde, jurisconsulte du quatorzième siècle (6), en est la preuve. Mais elles n'attendirent pas cette époque pour gouverner le droit français. On les trouve pour ainsi dire innées dans les sociétés tacites qui couvrirent la France au berceau de la monarchie. J'ai dit dans la préface de cet ouvrage que ces sociétés formaient un corps; Coquille a insisté avec force sur ce caractère des associations agricoles du Nivernais. Il est étonnant qu'avec de tels exemples nationaux, si décisifs et si frappans, des écrivains, d'un vrai mérite du reste (7), soient allés chercher dans les sociétés de commerce italiennes l'origine d'une institution qui se perd dans les antiquités du droit français. Au surplus, nous verrons plus tard les associations civiles établies en Provence pour les dessèchemens, prendre le titre de corps et en avoir l'existence et les prérogatives (8).

66. Les sociétés civiles peuvent donc revendiquer à

---

(1) Com., lib. 13, C. 17, n° 3, *in fine*.

(2) *Quæst. select.*, lib. 1, c. 36.

(3) *Ad Pand.*, *Pro socio*, n° 10.

(4) L. 1 D. *Com. divid.*

(5) *Infrà*, nos 519 et 997.

(6) Savigny, *Hist. du droit romain*, t. 4, p. 233. J'ai cité ci-dessus le passage des écrits de Balde.

(7) M. Fémery, *loc. cit.*

(8) *Infrà*, no 344.

l'égal des sociétés de commerce une personnification que nous trouvons en elles, aussi loin que nous remontons dans l'histoire du droit. Ce *corpus mysticum*, que Straccha signalait dans les sociétés commerciales (1), Balde l'avait aperçu dans toutes les sociétés quelconques (2). Et quand le projet de Code civil fut communiqué aux cours d'appel, la Cour de Rouen exprima son regret de ne l'y pas trouver assez saillant : « Nous obser-
» verons au surplus qu'on a omis *un des premiers prin-*
» *cipes qui dérivent* DE LA NATURE *des sociétés*; ce principe
» est que la société forme une *personne fictive et morale* sé-
» parée des associés, et qu'en conséquence on ne peut
» saisir les immeubles et les fonds de la société pour
» les dettes personnelles d'un des associés, lorsque la
» société est légalement et authentiquement constatée;
» sans préjudice toutefois des hypothèques antérieures
» qui auraient appartenu à l'un des associés (3). » La Cour de Rouen avait donc conscience de ce grand caractère de la société civile qui vit comme un corps moral. Seulement elle se trompait quand elle croyait que le Code civil n'en contient pas la révélation. Il suffit en effet de lire les articles 1845, 1846 (4), 1848, 1849, 1851, 1852, 1863, 1867, l'article 1859 surtout, où nous voyons la société investie d'un droit de propriété qui restreint

(1) Societas est *corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*. Decis. rotæ Genuæ, VII, 9, 10. V. Salicet. sur la loi 9 C. de *Comp.* cité *suprà*, n° 62, note, et Deluca, lib. 2 des *Regal.* Disc. 91, n° 9.

(2) *Suprà*, n° 62 (note). Pothier personnifie aussi la société, *Prescript.*, n° 79. Il distingue trois temps de possession en ce qui concerne les choses sociales : 1° la possession de l'associé qui a apporté la chose ; 2° la possession *de la société*, quand l'apport a été réalisé ; 3° la possession de l'associé à qui le partage l'a fait échoir.

(3) Fenet, t. 5, p. 544.

(4) La Caisse, dit cet article (V. *suprà*, n° 61).

l'usage de la chose de la part des associés considérés privativement, et où le droit de l'être moral plane sur le droit des individus et le condamne à la subordination (1). C'est ce corps qui est créancier de la mise de l'associé; c'est lui qui en devient propriétaire; c'est lui qui, à son tour, peut devenir débiteur de l'un des associés; c'est lui qui achète, et l'on se tromperait si l'on croyait qu'il y a autant d'acheteurs que d'associés. Il n'y a qu'un seul acheteur, c'est la société (2). Si deux associés mettent en commun chacun un immeuble, dit très-bien M. Championnière (3), la convention n'est pas un échange; car il ne faut pas la considérer par rapport aux associés, mais bien par rapport à l'être collectif auquel le contrat a donné naissance. « Lorsque l'un met un objet » certain, et l'autre une somme (je continue à citer le » même jurisconsulte), il n'y a pas vente; lorsque le » premier n'apporte que son industrie ou la jouissance » d'un bien, il n'y a pas louage d'ouvrage ou d'une » chose. Les associés ne s'engagent pas *immédiatement* » l'un envers l'autre. Une tierce personne vient se pla- » cer entre eux. C'est la société qui reçoit leurs pro- » messes et acquiert ce dont ils se dépouillent. C'est » donc entre les associés et la société que la conven- » tion doit être considérée (4). »

67. Du reste la jurisprudence s'est définitivement placée à ce point de vue. Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, en date du 8 novembre 1836, au rapport de mon honorable collègue M. Mestadier, porte que : « La société civile est, comme la so- » ciété de commerce, un être moral, dont les intérêts

---

(1) V. *infrà*, n° 820.
(2) M. Proudhon, n° 2064, 2065, *suprà*, n° 24.
(3) N° 2743.
(4) V. *infrà*, nos 650, 820, 950.

» sont distincts de ceux de chacun des membres (1). »

68. M. Toullier a cependant avancé que la prétention de faire de la société (même de la société de commerce) une tierce personne placée au dessus des associés, et ayant des droits distincts, *confond toutes les idées* (2).

Mais lorsque M. Toullier écrivait ces lignes, sa brillante époque avait fait place au triste déclin d'une carrière qui finit. Dans la maturité de son beau talent, il n'aurait pas osé s'attaquer à l'un des principes les plus notoires du droit commercial, à l'une de ces vérités qui, entre toutes les propositions reçues, est empreinte au plus haut degré du cachet de l'évidence. Aussi loin que l'on remonte dans les annales du commerce moderne, on trouve la société commerciale agissant comme un être moral, et signalée par les jurisconsultes comme un corps investi d'attributs particuliers. Salicet, Straccha, que j'ai déjà cités; Scaccia, qui disait : *Aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societatis* (3); Émerigon, qui ajoutait : « La société est une personne civile qui a ses droits et ses attributs particuliers (4); » tant d'au-

---

(1) D. 36, 1, 412.
S. 36, 1, 811.
Cassation, 24 juin 1829 (D. 29, 1, 280, 281).
Junge Paris, 9 août 1831.
S. 31, 2, 259.
D. 31, 2, 208.
Autre, 10 décembre 1814.
Dal., *Société*, p. 96, n° 10, note 2.
Grenoble, 1 juin 1831.
S. 32, 2, 591.
D. 32, 2, 40.

(2) T. 12, n° 82.

(3) § 1. Quæst. 1, n° 450.

(4) Des assurances, t. 1, 0, 324, 325, et des Contrats à la grosse, t. 2, p. 582.

tres auteurs que je pourrais citer (1), judicieux et savans échos de la coutume commerciale et des statuts les plus renommés (2), sont-ils donc coupables d'avoir porté la confusion dans le droit (3)? ou plutôt la confusion ne vient-elle pas d'une controverse irréfléchie sur une question à jamais résolue?

69. Et quant aux sociétés civiles, vainement dirait-on qu'il n'appartient pas à des particuliers de former un corps moral, de leur propre autorité; qu'il n'est pas donné à quelques individus, en se rapprochant pour leur plus grand intérêt, de s'ériger en une personne civile et de dépouiller leur individualité. Je réponds que le concours de l'autorité n'est nécessaire que pour la création des êtres moraux publics, tels que colléges, corporations, académies, communes, sociétés anonymes, etc.; mais qu'il ne l'est pas à l'égard des personnes morales privées, telles que les sociétés civiles (4). Ces dernières doivent leur existence à une opération de l'entendement, à une abstraction à laquelle l'esprit ne saurait échapper, et dont il tire les conséquences pratiques lorsqu'il s'en est bien rendu compte. Il n'a pas fallu de loi, par exemple, pour faire un corps, des têtes de bétail comprises dans un troupeau (5); la logique a tout fait à elle seule; puis sont venus les jurisconsultes qui ont traité cette abstraction comme une réalité juridique donnant lieu à des droits spéciaux. Lorsque le droit commun de notre ancienne France décidait que

(1) *Infrà*, nº 860; le card. Tuschus, etc.

(2) V., par exemple, Statuts de Gênes, lib. 4, c. 12; Scaccia, § 6, gloss. 1, nº 96; *infrà*, nº 78.

(3) Junge M. Pardessus, t. 4, nº 975; M. Persil fils, nº 14; MM. Malpeyre et Jourdain, nºs 28, 29.

(4) Puffendorff, liv. 1, c. 12 et 13, fait la distinction.

(5) Gregis *unum corpus* ex distantibus capitibus (Instit. de legat., § 1); mon com. *du louage*, nº 1054.

les rentes constituées à prix d'argent étaient un être moral et intellectuel, distingué par l'entendement des arrérages, et semblable aux biens immeubles (1) ; il n'avait pas besoin de la permission de la police centrale du royaume ; il faisait une abstraction logique, et tout le monde avait compris. D'ailleurs le code, qui est la loi des lois, reconnaît l'existence du corps moral de la société, par le seul fait du rapprochement des parties. Que veut-on de plus concluant? Et si, pour les sociétés de commerce, le législateur a pensé que certaines mesures de publicité doivent servir d'auxiliaire à la volonté des contractans, c'est une précaution spéciale, dont on ne saurait argumenter pour effacer un des effets les plus authentiques des sociétés civiles.

70. Au surplus, nous ferons observer que l'existence de cette personne métaphysique est ce qu'on nomme, en jurisprudence, une fiction (2). L'être social considéré en dehors des associés est une abstraction, ingénieusement personnifiée et matérialisée par les jurisconsultes, pour faire mieux discerner les droits de chacun qnand ils sont opposés, et pour les préciser dans une représentation en quelque sorte vivante, qui pré-

---

(1) Pothier, Orléans, *Introd. gén.*, n° 54; mon com. des hypot., t. 2, n° 408.

(2) *Suprà*, n° 61, le passage de Favre; M. E. Persil, *Sociétés com.*, n° 14; M. Championnière, t. 3, n° 2743; MM. Delamarre et Lepoitevin, *Traité du contrat de commission*, t. 1, n° 185. Ces auteurs disent à cette occasion d'excellentes choses sur les fictions juridiques, trop légèrement condamnées en général par M. Toullier, t. 11, n° 15. Ceux qui voudront s'instruire sur la nature et l'utilité des fictions liront avec fruit l'ouvrage de M. Duval, *Le droit dans ses maximes*, ch. 11, p. 79; M. Duval réfute avec force M. Toullier, et démontre que les fictions sont des *nécessités intellectuelles, des nécessités de langage, de législation, de doctrine.*

vienne la confusion et les conflits. Cependant cette fiction doit être restreinte dans de justes bornes, et la dialectique qui la pousserait dans ses dernières conséquences, serait mauvaise. Ainsi, bien que, eu égard à certaines relations, il soit juridique de dire que la société est propriétaire des mises, toutefois il n'en est pas moins vrai que, sous d'autres rapports, on ne peut détacher l'actif social de l'idée d'une copropriété commune reposant sur la tête de tous les associés. La fiction du corps moral a beau se recommander par la raison et la force des choses; elle ne peut faire que, sous certains rapports, les associés ne se regardent pas comme étant en réalité propriétaires indivis des apports mis en commun (argument de l'art. 1832). *Quum etiam id quod commune est, nostrum esse dici queat,* disait Casaregis, dans des matières favorables, où il pensait qu'il ne fallait pas se tenir rigoureusement à la fiction commerciale (1). Je le répète, l'abdication de l'individualité des associés n'est pas absolue; elle n'est que relative; elle est limitée à certains effets; elle cesse avec les causes qui l'ont rendue nécessaire. On en verra un exemple au n°139. C'est pourquoi, examinant, dans mon commentaire de la *Prescription* (2), les conséquences du partage par rapport aux associés, et voulant fixer le caractère de la possession pendant la société, j'ai considéré les associés comme propriétaires, comme possédant *animo domini.* La possession est chose de fait ; la fiction y doit céder la place à la vérité.

71. C'est par la même raison qu'il me semble qu'on

---

(1) *Junge* Valin, art. 3 de l'Ord. de la marine, p. 34, et les auteurs qu'il cite. Straccha dit aussi, en rendant compte de la décision 14 de la rote de Gênes : *Juxta regulam , quod commune est meum est* : n° 69 ; v. mon comm. de l'art. 1860.

(2) T. 2, n° 886.

doit se tenir en garde contre une opinion d'Émerigon un peu trop empreinte d'un esprit superstitieux pour la séparation de la société et des associés considérés *ut singuli.*

Je m'explique : suivant Émerigon, l'assurance pour le compte de la société est étrangère aux marchandises de l'un des associés ; réciproquement, l'assurance pour compte de Pierre ne s'étend pas aux marchandises de la société dont Pierre fait partie (1). Mais cette opinion est-elle bien exacte? N'y a-t-il pas de fortes raisons de droit et d'équité qui doivent la tempérer dans la pratique? Valin rapporte une sentence de l'amirauté de Marseille, du 9 août 1754, qui déclara bonne et valable pour *Roland seul* une assurance de telles marchandises, chargées à bord de tel navire, prises pour *Roland et compagnie.* Cet individu s'étant trouvé seul intéressé aux marchandises chargées, on pensa, non sans une grande équité, qu'il n'y avait pas lieu de tenir l'assurance pour non avenue (2). Émerigon n'approuve pas ce jugement; il se renferme avec inflexibilité dans la règle qui fait de la société une personne distincte de l'associé; et, au moyen de cette fiction, il soutient qu'il n'y avait pas dans l'espèce de relation entre la police et le connaissement. Pour moi, j'incline plutôt vers l'opinion de Valin, et j'aurais probablement jugé comme l'amirauté marseillaise. Émerigon pousse à l'excès la logique de la distinction entre la société et les associés. Pourquoi ne dépouillerait-on pas ici une fiction qui n'est pas absolue (3)? Pourquoi ne préfèrerait-on pas le retour à la réalité conseillée par Casaregis dans ces sages paroles

---

(1) *Assurances*, t. 1, p. 323, 324. M. Pardessus suit cette opinion sans citer Émerigon ; t. 4, n° 975.

(2) T. 2, p. 34.

(3) *Infrà*, n° 139.

que j'ai déjà citées : « *Quum etiam id quod commune est,* » *nostrum esse dici queat* » ? Le cas est favorable, la bonne foi y est évidente ; de quoi d'ailleurs peuvent se plaindre les assureurs? N'ont-ils pas su que Roland avait un intérêt dans le chargement ? Et qu'importe, après tout, que cet intérêt, qu'on avait cru d'abord commun à d'autres, soit, par le fait, seul et exclusif, et s'étende à toute la marchandise? Faudra-t-il spéculer sur une erreur excusable, pour annuler une assurance qui réunit, du reste, tous les élémens de vitalité? Les fictions sont bonnes, sans doute, pour éclairer une matière, pour classer et grouper les droits, pour les valider et les soutenir; elles ont à mes yeux moins de vertu pour les réduire au néant.

72. Mais après ces restrictions, nécessaires pour montrer les limites de la règle, hâtons-nous de rentrer dans son domaine et d'en signaler les principaux effets. — Il y en a de considérables; il faut les examiner : dans les évènemens intérieurs et extérieurs qui affectent la société : dans les luttes des associés contre la société : dans les conflits des tiers avec les associés ou la société.

73. Sous le premier point de vue, nous avons dit au n° 62 qu'un associé n'est pas en droit de compenser avec la société dont il est débiteur ce qu'il doit à un co-associé. — Inutile de revenir sur ce point incontestable (1).

74. Une société tombe en faillite : cette crise ne constitue pas de plein droit en état de faillite les associés considérés *ut singuli* (2).

C'est ce qui se voit tous les jours dans les sociétés en commandite. On le sait : le but de cette société est de faire un appel aux capitaux civils pour les besoins du

(1) *Infrà*, n° 526; Stracclia, decis. 26 *rotæ Genuæ*, nos 28, 29.
(2) M. Pardessus, t. 4, n° 976 ; MM. Malpeyre et Jourdain, n° 29.

commerce. Or, les capitaux civils, pour être encouragés dans cette heureuse direction, doivent être rassurés sur les conséquences des engagemens qu'ils contractent; et si ceux qui les fournissent n'avaient pas la certitude qu'ils resteront personnellement en dehors des sanctions rigoureuses du commerce, ils retireraient leurs fonds de ces opérations compromettantes. De là, la règle si favorable aux capitaux civils d'après laquelle les associés commanditaires ne sont responsables que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis dans la société. Dans cet état de choses, il est évident que dès l'instant qu'un associé a versé sa mise, la chute de la société ne réagit pas sur lui. Au delà de son apport, il n'y a plus qu'une ruine qui n'affecte que le corps moral; les associés commanditaires restent saufs avec leur crédit personnel.

La Cour royale de Bourges a même décidé, par arrêt du 2 août 1828 (1), que l'associé commanditaire qui s'est immiscé dans les affaires de la commandite, au mépris des art. 27 et 28 du Code de commerce, n'est pas pour cela nécessairement englobé dans la faillite de la société (2). Sans doute, pour peine de son immixtion, il est tenu solidairement; ainsi le veut la loi. Mais cette peine ne doit pas recevoir d'aggravation arbitraire; ici la solidarité n'existe pas de plein droit; elle n'est que la conséquence souvent tardive de faits découverts à la longue et qui changent les rapports légaux des parties. Il suit de là que si la faillite de la société a été proclamée, c'est sans doute parce qu'on n'a pas fait entrer dans l'ac-

---

(1) D. 29, 2, 284.
S. 30, 2, 44.
Junge M. Pardessus, t. 4, n° 1037.
M. E. Persil, art. 28 Code de commerce, n° 3.

(2) *Infrà*, n° 438.

tif les ressources solidaires de l'associé convaincu *ex post-facto* d'immixtion, mais originairement considéré comme simple commanditaire. Peut-être cette faillite n'aurait-elle pas éclaté si l'on avait eu son concours. Mais voilà que des circonstances révélées après coup démontrent qu'il doit subir un recours solidaire. Eh bien! cet évènement ne suffira pas pour faire déclarer failli, de plein droit, un associé dont le sort n'était pas nécessairement lié à celui de la société. Cet associé ne sera donc déclaré failli qu'autant qu'après discussion il se trouvera, en réalité, dans des conditions personnelles qui permettent de prononcer une faillite.

75. Lorsque la société est en nom collectif et entraîne de plein droit la solidarité des associés, la question de savoir, si la faillite de la société réfléchit de plein droit sur tous les associés pris individuellement, n'est pas aussi facile. Quoique les auteurs inclinent en général à distinguer dans ce cas, comme dans les cas précédens, les associés, de la société faillie (1), néanmoins la Cour de Douai a décidé, par arrêt du 9 février 1825 (2), que la faillite de la société fait réputer chaque associé en état de faillite individuelle. En général, cet arrêt est l'expression d'un fait vrai. On a beau isoler la société de ses membres, il n'en est pas moins certain que ce sont les ressources des associés qui font les ressources de la société. Or, si la société a failli, n'est-ce pas parce que chaque associé s'est trouvé au-dessous des obligations qu'il avait contractées sous la

---

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 976.
MM. Malpeyre et Jourdain, n° 29.

(2) S. 26, 2, 134.
D. 25, 2, 195.

foi d'une solidarité nécessaire? n'est-ce pas parce que les associés ont abandonné la société dont ils devaient soutenir les forces par le concours solidaire de tous leurs moyens?

Cependant, en y regardant de plus près, ce système n'est pas infaillible, et il y aurait du danger à l'ériger en règle absolue. En effet, un associé est absent quand les paiemens sont suspendus au siége de la société; bientôt il arrive, et, sur ses fonds personnels, il paie à bureau ouvert les dettes sociales, qui, par l'effet de la solidarité, sont aussi les siennes. Est-ce que cet homme est failli? et sera-t-il vrai de dire que la faillite de la société le constitue nécessairement en état de déconfiture commerciale? Il y a donc des cas où il vaut mieux s'en tenir à la prudente distinction entre la société et les associés, et ne pas étendre sans nécessité à ceux-ci un reflet des accidens sociaux qui pourrait gravement les compromettre.

76. Nous venons de voir la faillite du corps social passer sur la tête des associés sans affecter leur état.

Arrivons à un autre rapport. Supposons qu'une société, au lieu de périr, augmente son actif et qu'elle s'enrichisse d'un de ces démembremens de la propriété que la loi considère comme des biens distincts, quand ils ne reposent pas sur la même tête. Voyons ce que produira la fiction du corps moral quand le hasard attribuera l'un de ces démembremens à la société et l'autre à un associé.

Exemple : Un associé est investi de l'usufruit d'un immeuble. La société dont il fait partie achète cet immeuble. Cet évènement amènera-t-il une confusion dans les droits de l'usufruitier? Non. La société qui s'est portée acquéreur est une tierce personne qu'il faut distinguer de l'associé usufruitier. L'usufruitier se sou-

tiendra contre l'être moral, comme il se serait continué si un tiers eût acheté à la place de la société (1).

Il n'en serait pas de même s'il y avait communauté simple. La propriété achetée par les communistes étant directement acquise à chacun d'eux, pour sa part indivise dans le tout, l'usufruit s'éteint, par l'effet de la vente, dans le rapport de la portion à laquelle l'usufruitier a droit à la propriété (2).

77. J'en ai dit assez des évènemens qui réagissent sur les rapports intérieurs de la société et des associés. Maintenant plaçons les tiers en face de la société et de ses membres. La fiction d'un corps moral va nous être encore du plus grand secours pour dégager les positions obscures et éclairer les volontés dont les parties ont été animées en contractant.

78. Quand on traite avec un individu isolé, on suit la garantie qu'offre son patrimoine; mais on ne saurait porter ses prétentions au-delà de l'avoir dont il est investi. J'ai développé cette idée dans mon commentaire de l'art. 2093 du Code civil (3). Or, s'il est vrai que la mise en société contienne une aliénation au profit d'un corps moral capable d'obliger les autres et de s'obliger lui-même, il s'ensuivra que ceux qui ont traité avec l'associé pris individuellement ont dû beaucoup moins compter sur la partie de son avoir engagée dans la société, que les créanciers qui ont suivi la foi de la société même. C'est pourquoi les créanciers de la société ont sur l'actif social un droit que ne peuvent leur disputer les créanciers personnels de chaque associé (4). « Cre-

(1) M. Proudhon, t. 4, n° 2065.

(2) *Id.*, n° 2064.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, t. 1.

(4) Grenoble, 1er juin 1831 (D. 32, 2, 40). Scaccia, § 6, glos. 1, n° 94. Toubeau, p. 101. MM. Fremery, p. 32. Pardessus, n° 975. Duvergier, n° 405. Duranton, t. 17, n° 457.

» ditores societatum mercatorum... in rebus et bonis » societatum, præferuntur quibuscunque aliis credito- » ribus sociorum singulorum, etiam dotibus. » C'est la décision du statut de Gênes (1). Au surplus, je reviendrai plus tard sur ce point (2).

79. Mais ce qui est encore plus clair, c'est que le créancier d'un associé, qui est, en même temps, débiteur de la société, ne peut opposer à celle-ci la compensation (3). Réciproquement, l'associé débiteur, personnel, pressé par les poursuites de son créancier ne trouverait pas un moyen d'y échapper dans la compensation dont il se prévaudrait du chef de la société (4).

80. Ceci nous conduit à cette vérité palpable, à savoir, que le créancier particulier d'un associé ne pourrait faire saisir les effets de la société sous prétexte que son débiteur y a une part indivise. Il doit patienter jusqu'à la liquidation, et, en attendant, prendre des mesures conservatoires au moyen d'oppositions entre les mains de la société, ou d'arrêts sur les bénéfices à partager annuellement, etc. (5).

Il en serait autrement toutefois, si le capital social était divisé en actions cessibles. L'action est la propriété de l'associé ; ses créanciers sont fondés à en provoquer la vente dans leur intérêt (6).

---

(1) Liv. 4, chap. 12, n° 4.
Scaccia, § 6, glos. 1, n° 94.
M. Pardessus, *Lois maritimes*, t. 4, p. 527 et suiv.

(2) N[os] 859, 860.

(3) Scaccia, *loc. cit.*
Toubeau, p. 101.
M. Pardessus, t. 4, n° 975.

(4) *Infrà*, n° 862.

(5) MM. Malpeyre et Jourdain, n[os] 30 et 31.
M. Pardessus, t. 4, n° 976.

(6) MM. Malpeyre et Jourdain, n[os] 30 et 31.
M. Pardessus, t. 4, n° 976.

81. Resterait à examiner une question que sa gravité m'a fait réserver pour la dernière. Elle consiste à savoir si une femme qui épouse, un associé, a hypothèque sur les biens appartenant à la société dont il est membre. La Cour royale de Toulouse (2) a été appelée à la décider dans l'espèce d'une société commerciale, et elle l'a résolue contre la femme. Mais comme l'éclaircissement de ce point exige quelques détails, je remets à le traiter dans le commentaire de la section qui traite des droits des créanciers à l'égard de la société (art. 1862, 1863, 1864) (3).

82. Tout ce que nous avons dit ci-dessus de la personnification de la société dans un corps moral distinct des associés, demeure sans application aux associations appelées *en participation*. Dans ces sortes d'associations auxquelles le Code de commerce ne donne pas même le nom de *sociétés* (4), et qui ont toujours été distinctes des sociétés ordinaires, il n'y a ni être moral, ni patrimoine particulier. L'association en participation est dépourvue de siége, de nom, de publicité; elle reste secrète entre le gérant et l'associé participant, et elle a même ce caractère propre, distinctif, qu'elle ne se meut à l'égard des tiers que par un seul associé qui traite en son propre et privé nom et devient le débiteur direct de ceux avec qui il a contracté; de telle sorte qu'il est réputé propriétaire des objets sociaux dont il est saisi, et que les créanciers qu'il s'est donnés pour les affaires

---

(1) Arrêt du 31 juillet 1820.
Dalloz, *Hypothèque*, p. 143 et 144.
Sirey, 21, 2, 263.
Palais, 1821, t. 2.
Persil, *Quest. sur les hyp.*, t. 1, p. 260.
(2) *Infrà*, nos 857 et suiv., et 860.
(3) Art. 47 et suiv.

sociales sont sur un pied d'égalité avec ses créanciers personnels (1). Ainsi l'ont voulu les usages du commerce, si ingénieux à varier les combinaisons qui peuvent concourir à ses progrès; et ces usages, attestés par les anciens écrivains, ont été consacrés par deux arrêts de la Cour de cassation des 2 juin 1834 (2) et 19 mars 1838 (3). Toutefois, avant ces deux arrêts, tous les esprits n'étaient pas imbus de l'idée que la participation ne forme pas un corps moral. Des arrêts de la Cour royale de Paris avaient décidé le contraire (4). Une consultation de MM. Pardessus et Merlin en date du 21 février 1831, approuvée par MM. Malpeyre et Jourdain (5) et Persil fils (6), avait soutenu avec force la distinction du patrimoine social et la préférence des créanciers de la société sur les créanciers de l'associé. Mais la jurisprudence de la Cour régulatrice, mieux instruite de la loi commerciale, a fait cesser ces divergences, et il est à ma connaissance que beaucoup de différends se sont terminés sur cette base désormais acceptée dans la pratique (7).

(1) Savary, *Parfait.* ., t. 1, part. 1, p. 368 et suiv.
(2 D. 34, 1, 202.
S. 34, 1, 603.
(3) D. 38, 1, 102.
(4) 26 juin 1824 (Rapporté dans E. Persil, p. 231).
9 août 1831 (S. 31, 2, 259; D. 31, 2, 208) : cet arrêt a été cassé.
Autre du 22 novembre 1834 (S. 35, 2, 69; D., 35, 2, 77).
(5) N° 416.
(6) P 238.
(7) *Infrà*, nos 499, 500, 495, 864, j'ai traité plus à fond des véritables caractères de la société en participation.

ART. 1833.

Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée dans l'intérêt commun des parties.

Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie.

SOMMAIRE.

83. Division du commentaire de cet article.
84. De l'objet de la société.
85. Cet objet doit être licite.
86. Exemples de sociétés illicites.
87. Suite.
88. Sociétés pour exploiter des choses inexploitables.
89. Des socéités pour un office. Droit italien. Ancien droit français.
90. Droit moderne. Controverse sur la possibilité de mettre un office en société. Raisons favorables à la société.
91. Raisons contraires alléguées par quelques auteurs. Vices qu'on peut leur reprocher.
92. Raisons plus victorieuses empruntées à un autre ordre d'idées.
93. L'adjonction d'une société à un office surexcite l'ardeur du gain et éloigne la fonction de son but; elle lui ôte sa liberté. Elle en fait une industrie.—Véritable esprit de la loi de 1816. Mauvaise extension qu'on lui donne quelquefois.
94. Examen de la jurisprudence. Arrêt sur une société pour un office d'*agent de change*.
95. Autre relatif à une société pour un office d'*avoué*. Autre qui prouve mieux le scandale de ces associations.
96. Résumé sur la jurisprudence. Elle ne permet qu'une seule combinaison qu'il ne faut pas confondre avec la société; c'est celle qui permet au cédant de l'office de se payer de son prix de vente sur les bénéfices.
97. Ou celle qui, pour recompenser un clerc, lui donnerait une simple part dans les bénéfices.
98. De la société sur une hérédité à venir.
99. Des effets des sociétés illicites. Règle essentielle là-dessus. *Le dol ne se communique pas.*

100. Conséquence de ceci. Point d'action pour obliger à conférer le *gain* mal acquis, ou à partager la *perte* occasionée par un délit.
101. Suite.
102. Tempérament proposé par M. Toullier et repoussé par la loi et par la jurisprudence.
103. Autre résultant des lois romaines.
104. Il est inapplicable aux sociétés illicites.
105. Quant aux capitaux, c'est une question de savoir s'il y a action pour les faire rendre. Avis de l'auteur pour la négative.
106. Des sociétés léonines. Renvoi.
107. Des mises sociales. Sans mise réciproque, point de société.
108. En quoi peut consister la mise. Choses corporelles, droits, inventions, clientèle, etc.
109. Chose future et espérée.
110. Chances à venir.
111. Jouissance et fruits.
112. Attributs utiles d'une chose. Destination vénale.
113. Qualités d'une personne, habileté, talent, courage, industrie, crédit commercial.
114. *Quid* du crédit d'une personne puissante?
115. Le crédit commercial ne peut être admis dans un société sans une coopération active; sans quoi la foi des tiers pourrait être trompée.
116. Suite. Discussion du conseil d'État.
117. Il n'est pas nécessaire que les apports soient d'égale valeur.
118. Ni qu'ils soient de choses identiques.
119. La mise peut consister en une seule et même chose appartenant à plusieurs personnes qui s'associent.
120. Alliance du capital et de l'industrie. Utilité de cette combinaison. L'industrie balance et surpasse quelquefois l'importance de l'argent.
121. C'est de cette combinaison qu'est sortie la *commandite* dont le rôle est de nos jours si important. Renvoi.
122. Quand l'un apporte des capitaux, l'autre son industrie, les capitaux sont-ils censés apportés pour la propriété ou pour la jouissance?
123. Suite. On pensait en général que le capital n'était apporté que pour la jouissance. D'autres voulaient qu'on consultât surtout les faits.

124. Solution de la question d'après les principes du C. c. et à part les circonstances.
125. *Quid* quand les mises consistent toutes en argent ?
126. *Quid* quand elles consistent en argent, capitaux, corps certains?
127. C'est sur les mises que porte la communauté qui existe dans toute société. A quel moment commence cette communauté. Renvoi.
128. La réunion des mises forme le *capital social*. Ce capital reste commun durant la société. Toutefois, on le divise quelquefois en *actions*. Caractère de cette combinaison.
129. Son origine. Renvoi.
130. Les actions peuvent être divisées elles-même en *coupons* d'actions.
131. Des *promesses d'actions.*
132. Des diverses espèces d'actions.
133. Actions de *capital* et actions *industrielles.*
134. Suite.
135. Actions *payantes* et *non payantes.*
136. Actions de *jouissance.*
137. Actions de *fondation.*
138. Actions de *prime.*
139. Pour empêcher la confusion entre ces actions, on établit deux séries.
140. Vraie nature de l'action.
141. Prétention soulevée par la régie de l'enregistrement à l'occasion de l'art. 529 du C. c.
142. Autre.
143. La division d'un capital social par actions n'est pas particulière aux sociétés de commerce.
144. Forme des actions. Il y en a de *nominatives* ; il y en a au *porteur*.
145. Mode de transmission.
146. Suite.
147. Les actions d'une *commandite* peuvent-elles être *au porteur ?* Opinions pour et contre. Décisions judiciaires favorables aux actions au porteur.
148. Abus qu'on en a fait. On en a demandé la suppression, ainsi qu'une révision de la loi.
149. La loi doit rester telle qu'elle est, et les esprits timides doivent calmer leurs frayeurs.

COMMENTAIRE.

83. L'art. 1833 se divise en trois branches principales; il traite :

1° De l'objet de la société, qui doit être licite (1);

2° De son but, qui est l'intérêt commun des parties.

3° Des mises sociales. L'art. 1832 trouve ici son complément et sa fin.

Mon commentaire suivra cette division.

---

(1) *Infrà*, n° 202, je reviens sur ce qu'on doit entendre par OBJET de la société.

84. Et d'abord, traitons de l'objet de la société. La société peut embrasser toutes les opérations de l'activité humaine qui ont pour but de procurer un gain (1); opérations industrielles et civiles; commerce de terre et de mer; inventions des arts, découvertes de l'esprit; rien de ce qui peut être fécondé par les capitaux et le travail n'échappe à l'admirable puissance de l'association.

85. Une seule condition restreint cette latitude, c'est que l'objet de la société soit licite et honnête. Car les hommes ne peuvent s'unir pour mal faire, et il n'y a pas d'obligation valable pour commettre des injustices. Les jurisconsultes romains, qui firent toujours les plus grands efforts pour faire pénétrer dans les lois la morale et la philosophie, ont insisté sur cette idée, fondamentale dans la société comme dans les autres contrats (2). Voici ce que disait Ulpien, en citant des opinions plus anciennes, et en employant un luxe de répétitions, dont la redondance ne doit être attribuée qu'à l'énergie de la conviction : « Nec prætermittendum esse, Pomponius » ait; ita demum hoc esse verum, si *honestæ et licitæ rei* » *societas coita sit* : cæterum *si maleficii societas coïta sit*, » constat *nullam esse societatem*; generaliter enim traditur » rerum inhonestarum *nullam esse societatem* (3). » Et ailleurs : *Delictorum turpis et fœda communio est* (4).

86. Ainsi, il faudrait refuser tout effet légal à une société formée pour exercer l'usure et la contrebande (5), pour faire la traite des noirs; pour tenir un lieu de

---

(1) Ulpien, l. 5, D. *Pro socio.*

(2) Favre, sur la loi 57, D. *Pro socio.*

(3) L. 57, D. *Pro socio.*

(4) L. 53, D. *Pro socio.*

(5) Cass., req., 25 avril 1835.
D. 35, 1, 404.
Paris, 18 février 1837.
D. 38, 2, 173.

prostitution, pour voler (1), pour exploiter la vente d'un remède secret (2), pour empêcher la concurrence des acheteurs dans les adjudications (3), etc., etc.

Il y a eu des époques malheureuses, où la force gouvernait les hommes et où les sociétés de brigandages étaient presque l'état habituel de certains peuples (4). Aujourd'hui même, malgré les progrès de la civilisation, des hommes se rencontrent qui, ayant déclaré la guerre à la société, vont chercher dans l'association même et dans une organisation hiérarchique (ces bases de tout ordre social) (5) les moyens de soutenir leur révolte insensée. Je lis dans les journaux que l'on a saisi à la pointe nord de l'île de Chandeleur dans le golfe du Mexique, et tout près de l'embouchure du Mississipi, une goëlette appartenant à une société de pirates formée par *des enfans de la nature* contre ceux qui possèdent une *surabondance de biens qui appartiennent à tous*. On a trouvé à bord la constitution de cette société qui se déclare *en guerre à mort* avec le monde entier. La peine capitale y est écrite pour sanction de toutes les obligations imposées à chacun de ses membres par cette

---

(1) Cicéron, *Offices*, lib. 2, c. XI.
Pothier, n° 14.
Voet, *Pro socio*, n° 7.

(2) Paris, 15 février 1838.
D. 38, 2, 173.

(3) Cassat., req., 23 avril 1834.
D. 34, 1, 238.

(4) Bodin, 40, 3, ch. 7, cite des exemples.

(5) Cicéron, en effet, dans ses recherches sur la justice, a remarqué qu'on la trouve jusque dans les sociétés de pirates et de voleurs, lesquels sont forcés de reconnaître une loi d'égalité (*Offic.*, lib. 2, c. XI); puis il ajoute : « Cum igitur tanta vis justitiæ sit, » ut ea etiam latronum opes firmet atque augeat, quantum ejus » vim in constitutâ republicâ fore putamus? »

sanguinaire et odieuse association (1). A proprement parler, le nom de société ne convient pas à de telles réunions. C'est celui de conjuration qu'il faut leur donner; et l'on peut dire avec Cicéron : « Nec societates tales sunt, » sed conjurationes putandæ sunt (2). »

87. Heureusement de si téméraires entreprises sont rares. Mais dans les replis d'une civilisation avancée, qui a ses plaies et ses misères, d'autres spéculations, également inspirées par de mauvaises passions, se glissent avec adresse, spéculant sur la crédulité, et convoitant par la ruse ce qu'elles n'osent conquérir par la force. Tantôt la fraude vient astucieusement prendre sa part dans des sociétés constituées pour un objet légitime; tantôt elle organise des sociétés illicites pour des opérations que la loi n'approuve pas; ici ce sont des fonctionnaires qui, pour prix d'un service rendu par leur crédit à une entreprise industrielle, se font donner une part dans le capital social (3) ; là, ce sont des chefs de service, qui en autorisant une création utile au bien public, reçoivent des actions dans la société qui s'est organisée pour la faire marcher (4); ailleurs ce sont de rusés intermédiaires, puissans par l'intrigue dans le monde des faveurs, qui apportent pour mise sociale leur crédit auprès d'un ministre, dont ils surprendront la signature et tromperont la bonne foi. Parlerai-je de ces hommes qui prêtent leur nom et leur réputation à des sociétés aventureuses, surprenant ainsi la confiance des tiers, qui croient s'appuyer sur leur collaboration, leur surveil-

---

(1) *Gazette des tribunaux* du 14 juillet 1841.

Journal des débats du 14 juillet 1841. Extrait d'un journal américain.

(2) *Pro* Plancio.

(3) Pothier, n° 10 ; *infrà*, n° 114.

(4) Art. 177 et suiv. Code pénal.

lance, leur habileté (1), et ne rencontrent qu'une vaine apparence? Et ces hardis spéculateurs qui créent des millions imaginaires à partager entre les dupes; ces charlatans qui mettent en société pour des sommes énormes des objets qu'ils n'auraient pu vendre à aucun prix; tous ces fripons que nous avons vus exploiter les petits capitalistes, en leur offrant l'appât de gros dividendes dans un fonds social fabuleux, ne sont-ce pas aussi d'hypocrites plagiaires des *enfans de la nature?*

88. Puis viennent les associations qui mettent en exploitation ce que la loi déclare inexploitable et qui se font une richesse mal acquise de certains biens que la morale publique exclut du domaine privé. Ce trafic paraît au vulgaire moins condamnable que la corruption des consciences, parce qu'il est moins grossier et moins cynique. Il blesse cependant à un haut degré les principes de la délicatesse et de l'honneur.

Legrand rapporte, d'après Mornac, un arrêt du parlement de Paris, du 8 février 1612, qui défendit une société faite entre les notaires de Beauvais pour mettre en commun les gains et émolumens de leurs actes (2). Cela ressemblait trop à une entreprise mercantile. Le même auteur nous apprend que dans le bailliage de Troyes les sergens s'associaient deux à deux, l'un exécutant comme sergent, l'autre servant de recors. Ces sociétés contraires à l'ordre public furent sévèrement défendues par sentence du 22 mai 1690 (3).

J'ai eu connaissance de sociétés formées entre un certain nombre de personnes pour l'exploitation de plusieurs offices appartenant à une seule d'entre elles; par exemple, Pierre se fait nommer à un office de no-

---

(1) *Infrà*, n° 114.

(2) Sur Troyes, t. 6, art. 101, glose 1, n° 17.

(3) *Id.*, n° 21.

taire ; voulant cumuler cette fonction avec celle d'avoué, il achète ce second office par Jacques, son affidé, son prête-nom, qui le gère ostensiblement, mais qui n'est en réalité, qu'un co-associé à la simple gestion, placé dans une position secondaire et subordonnée. Il n'y a pas de raison pour que ce même Pierre ne pût être en même temps le commissaire-priseur, l'huissier de sa ville; que dis-je? qu'il ne concentrât sur sa tête toutes les charges que la loi du 28 avril 1816 a rendues vénales. Il lui suffirait de quelques traités clandestins de société!!! Et par-là il tiendrait dans sa dépendance et soumettrait à une véritable exploitation toutes les classes de citoyens, qui ont besoin des diverses officiers ministériels!!!

Pendant que je remplissais les fonctions de président de chambre à la Cour royale de Nancy, j'ai vu un commerce à peu près semblable, soumis au jugement des magistrats. Le traité qui avait organisé cette industrie fut produit par les parties avec un abandon qui témoignait combien elles en comprenaient peu l'improbité.

Voici les faits de cette affaire curieuse. Par un traité en date du 4 mars 1831, J.-B. C**, avoué à Saint-D***, et propriétaire d'un autre office d'avoué à M***, cède fictivement à F. C** le traité relatif à ce dernier office. Il est convenu que F. C. se fera présenter et agréer lorsque cela conviendra à J.-B. C**, qu'il fera et signera tous les actes; mais qu'il devra compte de la recette et de la dépense; que J.-B. C** fournira à F. C** un traitement annuel, un logement, qu'il paiera les clercs et donnera le cautionnement, de telle sorte que F. C** ne supportera aucuns frais.

Ce traité n'était pas une société proprement dite, F. C** n'étant que le mandataire de J.-B. C**. Mais, sous un certain point de vue, il y avait une sorte d'association

pour un trafic d'affaires, en vue duquel F. C** avait donné sa démission de deux emplois, avait fait des voyages coûteux, etc.

Par des raisons inutiles à signaler ici, le traité du 4 mars 1841 ne put sortir à effet. F. C**, qui avait éprouvé un grave préjudice par la perte de ses deux places et par les dépenses que ses déplacemens lui avaient occasionées, actionna J.-B. C**, en indemnité et produisit à l'appui de ses prétentions la traite du 4 mars 1841. Mais la Cour royale de Nancy ne crut pas devoir consacrer cette prétention qui lui parut contraire à la loi (1).

« Considérant que ce contrat repose sur des causes illicites est et contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public; que d'une part F. C** consentait à transformer sa nomination en un titre sans vérité, et à substituer au caractère honorable d'un officier revêtu de la confiance publique le caractère privé d'un commis à gages; qu'il s'engageait à signer comme prête-nom les actes de son ministère et à violer par conséquent les règlemens qui protégent la dignité de la profession d'avoué, et notamment le décret du 6 juillet 1810, lequel veut que ces officiers ne se prêtent à aucune fiction au profit de tiers dépourvus de qualité légale, et qu'ils exercent la postulation d'une manière loyale, sans déguisement et sans connivence.

» Que d'un autre côté J.-B. C**, en voulant tout à la fois conserver son étude d'avoué à Saint-D. et se maintenir pendant plusieurs années à l'aide d'un prête-nom dans celle d'avoué à M**, s'écartait bien plus encore des principes de délicatesse particuliers à toutes les professions qui concourent à l'administration de la justice; que s'il était permis de cumuler sur une même tête deux ou plusieurs offices d'avoué, la gestion de ces officiers minis-

(1) Arrêt du 26 mars 1834.

tériels ne serait plus qu'une exploitation mercantile et dégénèrerait en spéculations pécuniaires, qui de tous temps ont été incompatibles avec une profession d'où le législateur a entendu exclure tout ce qui peut attiser l'esprit de lucre et de chicane; que, d'après les dispositions du décret du 14 décembre 1810, il est interdit aux avocats de faire aucun négoce; que, par identité de raison, cette prohibition doit s'étendre aux avoués qui partagent avec eux la défense des cliens; qu'ainsi le contrat du 4 mars 1831, contenant entre F. C** et J.-B. C** une association pour un trafic d'affaires, est sous ce second rapport nul, d'une nullité absolue, et doit être repoussé d'après l'art. 1131 du Code civil.

» Considérant que, dans cet état de choses, ce contrat ne peut pas plus profiter à F. C** qu'il ne pourrait profiter à J.-B. C**, que la Cour devrait même d'office en prononcer la nullité; qu'elle le doit à plus forte raison lorsque l'une des parties se refuse à accomplir les obligations qu'il impose.

» Qu'il suit de là que la demande de F. C**, basée tout entière sur l'exécution de ce contrat (dont la production a été un sujet d'étonnement pénible pour la Cour), doit être écartée; que c'est en vain qu'on soutiendrait que les dommages et intérêts sollicités par F. C** se rattachent à des causes étrangères audit contrat; qu'il est évident que ses déplacemens, ses voyages, ses démissions des deux places qu'il avait à L***, n'ont été que la suite directe, l'exécution nécessaire des conventions dont il vient d'être question; que, quelque réelles que soient ces pertes, quelque fâcheuses qu'elles soient dans sa position, F. C** ne saurait avoir action en justice pour en obtenir réparation; que ce n'est qu'une dette naturelle que la bonne foi et l'honneur porteront sans doute J.-B. C** à acquitter, sans qu'aucune loi autre que celle de la conscience lui en fasse un devoir extérieur.

» Par ces motifs,

» Déclare le contrat du 4 mars 1831 contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, et par conséquent nul et de nul effet ; en conséq., etc., etc. »

89. Cet arrêt ne roule pas précisément sur la question de savoir si une société formée pour la gestion d'un office est illicite ; mais il y touche ; et c'est pour moi une occasion de l'examiner.

Autrefois, et d'après les docteurs italiens, la société pour un office, loin d'être defendue, était ouvertement permise en cour de Rome (1); le cardinal de Luca la caractérise ainsi (2) : « Cùm multi adsint viri periti et » industrii, et ad officia exercenda nimium habiles, pe- » cunia tamen ad eorum acquisitionem necessaria caren- » tes, hinc proinde introducta fuit hæc species societatis, » per quam dator pecuniæ proportionabiliter, et pro » rata, participat de officii emolumentis, atque cum ea- » dem proportione subjacet periculo, tam in sorte » quam in emolumentis, ad instar illius societatis, iniri » solitæ, super aliqua negotiatione, in qua unus ponat » pecuniam, alter vero operam seu industriam. »

Ainsi voilà le point de vue de cette jurisprudence. Un homme est capable et habile. Mais il n'a pas l'argent nécessaire pour acheter l'office. Que fera-t-il ? Il s'associera avec un capitaliste qui lui donnera les fonds, et partagera avec lui les gains et les pertes. Ce sera une société pareille à celle qu'on forme journellement pour toute affaire, toute négociation quelconque, et dans laquelle l'un fournit son argent, l'autre son industrie ou son travail. C'est l'office transformé en chose susceptible de commerce. Le cardinal de Luca nous apprend

(1) Felicius, *De societate*, c. 34, nos 9, 10 ; Castracus et Bocaccius en ont traité.

(2) *De societate officior.*, disc. 12, n° 7.

ensuite que pour se prémunir contre les fraudes du titulaire, qui aurait dissimulé ses gains, les bailleurs de fonds étaient dans l'usage de stipuler une quote-part de bénéfices à forfait.

Quoi qu'en ait dit Zazius (1), l'Italie n'était pas le seul pays où les offices étaient considérés comme pouvant être mis en société. La vénalité des offices n'est que trop célèbre dans notre histoire, et la France avait rivalisé avec le génie italien dans cette mauvaise voie. Voici ce qu'en dit Loyseau (2) : « L'office de soi ne peut être » à plusieurs, ni quant *à la qualité de* l'officier, ni quant » à la *parfaite seigneurie de l'office, qui gît en la provision.* » Mais l'office appartenant au pourvu seul, *on s'y peut* » *associer avec lui à telle condition,* que le prix d'achat sera » payé en commun, et aussi les émolumens, et par con» séquent *l'augmentation et diminution d'icelui,* bref, la sei» gneurie imparfaite de l'office tirée du titre et de l'exer» cice ; en un mot ce que j'ai appelé droit en l'office *de*» *meurera commun* entre eux. »

Ailleurs le même auteur ajoute :

« Pareillement il arrive quelquefois entre les princi» paux financiers que pour plusieurs considérations, » *qu'entendent mieux ceux qui sont de leur cabale,* ils font » pourvoir leurs parens, leurs commis, ou autres con» fidens, à certains offices qui leur appartiennent, des» quels ils prennent leur asseurance, ce qui sera dores» enavant plus fréquent que jamais à cause de la paulette. » Comme, par exemple, il échet souvent *que deux person*» *nes s'associent pour acheter en commun un office de va*» *leur,* à certaines conditions, dont ils s'accordent en» semble (3).

(1) Sur le tit. *Pro socio*, n° 18, *in fine*, et l'annotateur de Félicius, c. 34, *in fine*.

(2) Offic., liv. 3, ch. 9, n° 54.

(3) Liv. 3, ch. X, n°s 10 et 11.

90. Aujourd'hui que la loi du 28 avril 1816 a fait entrer dans le commerce le droit de présentation à certains offices, il s'est répandu une opinion qui tend à constituer les offices en une sorte de propriété véritable, et à rétablir au profit des titulaires tous les priviléges de l'ancienne vénalité. On a donc soutenu que désormais les sociétés sont tout aussi permises qu'autrefois pour l'exploitation des offices dont il s'agit (1). Où sont, a-t-on demandé, les lois qui les défendent? Tout ce que la loi n'interdit pas n'est-il pas permis? Bien entendu qu'aujourd'hui, comme du temps de Loyseau, la qualité de l'officier ne se communique pas; bien entendu que le titulaire reste toujours seul responsable envers le public et envers ses chefs; que c'est lui qui gère, qui signe, qui donne son nom et sa garantie, de même que s'il n'avait pas d'associés; que ceux-ci ne peuvent pas s'ingérer dans l'exercice extérieur de la fonction qui est toute personnelle; qu'ils sont liés par ses actes officiels. Mais ceci accordé, n'est-il pas évident que, pour ce qui est de la finance et des émolumens, une société n'a rien d'incompatible avec les principes du droit civil? Quand le titulaire décède, le droit de présentation tombe dans

---

(1) M. Dard, *Traité des offices*, p. 328 et suiv.
M. Mollot, *Bourses de com.*, n° 284.
M. Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Office*, n° 16.
M. Fremery (journal *le Droit*, n^{os} des 2 et 7 février 1838).
M. Horson (*Gazette des tribunaux*, 16 octobre 1834).
En sens contraire,
M. Duvergier, n° 59 et suiv.
M. Rolland de Villargues, *Jurisp. du notariat*, 1838.
Note de M. de Villeneuve, S. 38, 2, 83.
Décision du garde-des-sceaux, du 3 février 1837, portant: « Attendu qu'il est contraire à la considération, à l'indépendance, à la moralité du notariat, que cette profession *soit exercée par association.* » S. 38, 2, 48.

sa succession et devient commun à tous ses héritiers. Pourquoi ce qui peut faire l'objet d'une communauté accidentelle ne servirait-il pas de base à une société volontaire ? Parlera-t-on du secret exigé dans certaines professions? Mais est-ce donc qu'un notaire , un avoué, un agent de change , ne sont pas obligés d'employer des clercs et des commis dont ils répondent? Et quels collaborateurs plus zélés, plus dévoués, plus sûrs, pourront-ils espérer, que ceux qui ont un intérêt dans l'exploitation et participent à ses produits? Au surplus, ajoute-t-on, les sociétés pour les offices d'agent de change se pratiquent publiquement à Paris ; des capitaux considérables y sont engagés; elles sont autorisées tous les jours par la chambre syndicale, qui les qualifie même, dans son règlement, de sociétés commerciales. Elles facilitent l'accès des charges aux jeunes gens sans fortune, mais laborieux. Elles sont aussi avantageuses au point de vue économique, qu'exemptes de tout vice d'illégalité.

Ces raison sont spécieuses. Sont-elles satisfaisantes? J'avoue que j'ai de la peine à m'en contenter. Mais pour mieux en démontrer l'insuffisance, il faut dégager la question de quelques complications inutiles, pour la ramener aux termes les plus précis.

91. Et d'abord, je ne dirai pas, avec un auteur (1), qu'une société pour un office ne se prête pas à la possibilité d'une chose mise en commun. Car cette proposition s'éloignerait trop de la vérité et de l'évidence. Sans doute ce ne sera pas la qualité de l'officier qui sera apportée dans le fonds social; ce ne sera pas non plus la propriété de l'office; tout ce que Loyseau disait à cet égard sous l'empire de l'ancien droit sera encore plus vrai aujourd'hui. Mais ce sera la valeur vénale qui s'attache au droit de présentation; valeur qui est dans le

(1) M. Duvergier, n°s 59 et suiv.

commerce, ainsi que M. Duvergier l'enseigne lui-même dans son traité de *la vente* (1); valeur qui passe dans la succession du titulaire et peut être réalisée, soit par ses héritiers, soit par ses ayans-cause (2), au moyen d'une vente faite à un successeur que ceux-ci présentent à l'agrément du roi; valeur, par conséquent, qui forme un bien susceptible d'aliénation et de nature à faire l'objet d'un apport social. Suivant M. Duvergier, le droit de présentation ne saurait entrer dans le fonds social, parce qu'il est attaché à la personne du titulaire et que nul ne peut l'en dépouiller ou le contraindre à l'exercer; parce que, retranché dans son titre, le fonctionnaire pourra se jouer de ses associés; que ceux-ci seront sans moyen de le ramener aux conventions stipulées; qu'ils seront impuissans pour le forcer à abandonner ses fonctions, pour demander la dissolution, pour le dessaisir de la chose commune. Mais ce que je crains, moi, ce n'est pas que les associés soient enchaînés par le fonctionnaire, c'est, au contraire, que le fonctionnaire soit dominé par ses associés : du reste, j'accorde qu'on n'aura pas d'action contre lui pour le forcer à se démettre; j'accorde qu'il ne sera pas précisément obligé de donner sa démission alors même qu'il la promise (3), et je crois que la Cour d'Agen a bien fait de le décider ainsi (4), contre un arrêt de la Cour de Bordeaux du 7 mai 1834 (5). Le fonctionnaire, donc, qui a vendu son office et ne veut cependant pas donner la démission qui est le complément de sa promesse, gardera sa place, sauf à payer à celui qu'il a trompé des dommages et intérêts, qui ne seront pas

(1) n° 208; M. Toullier, t. 12, n° 112.
(2) Art. 91 de la loi du 28 avril 1816.
(3) M. Dard, *Traité des offices*, p. 248.
(4) Arrêt du 6 janvier 1836, D. 36, 2, 119, S. 36, 2, 65.
(5) D. 35, 2, 73.

toujours arbitrés avec parcimonie (1). Mais quel argument à tirer de tout cela contre la possibilité de mettre en société la finance d'un office? quand on s'associe à un notaire, à un agent de change, à un avoué, etc., etc., ne peut-on pas s'en rapporter à lui pour tous les actes qu'il fera dans sa qualité; convenir qu'on approuve d'avance sa conduite publique; renoncer à le rendre justiciable d'une autorité autre que celle de ses chefs ou de sa corporation? S'il prévarique, il y a des juges qui feront respecter la loi; c'est en eux que sera la sanction dont manque l'association. Quant aux conventions privées et au respect qui leur est dû, il est vrai que la destitution du fonctionnaire ne pourra pas être demandée comme peine d'un manquement sérieux; il est vrai qu'on ne traitera pas l'officier comme l'agent révocable d'une compagnie anonyme, ou un commis intéressé; mais n'y a-t-il pas des actions possibles en dommages-intérêts? Ne peut-on pas évaluer la charge, et, sans la vendre ni la liciter, obliger l'associé fonctionnaire à tenir compte de sa valeur (2)? Si, par exemple, Pierre, agent de change, s'est associé avec François, bailleur de fonds, pour exploiter une charge de 300,000 fr. dont François aura fourni la moitié, et que Pierre se rende coupable de dissimulation dans les recettes, qui empêche François de demander la dissolution et de baser le partage sur la valeur actuelle de la charge, estimée à dire d'experts?

Voilà, si je ne me trompe, ce que pourraient répondre les partisans de la légalité de la société, et je ne pense pas que leurs raisons soient dépourvues de solidité!

92. Ce n'est donc pas dans l'argumentation de M. Du-

---

(1) Même arrêt d'Agen.

(2) Loyseau, liv. 3, ch. 10, n° 47, dit que le rapport de l'office à la succession se faisait par estimation.

vergier que sont les motifs déterminans de l'opinion qui soutient la nullité. On ne les trouve que dans la saine interprétation de la loi du 28 avril 1816, renfermée dans son texte et éclairée par les règles de la discipline, par les devoirs spéciaux des officiers, par les abus qui surgissent du commerce appliqué aux fonctions publiques.

93. Les fonctions de notaire, avoué, huissier, agent de change, etc., etc., sont une délégation de la puissance publique; elles doivent être exercées avec désintéressement, probité, délicatesse. Si l'amour du gain en fait une spéculation, elles perdent leur principale utilité pour les citoyens. La loi n'aura pas institué une classe de fonctionnaires pour lesquels elle demande la confiance des familles; elle aura organisé une exploitation mercantile, qui joindra aux inconvéniens du monopole, l'esprit de compétition ardente de la concurrence. Tous les efforts de la discipline doivent donc tendre à éloigner de ces offices les calculs de la cupidité.

Mais si vous donnez à ces offices l'adjonction dangereuse de sociétés formées pour en tirer parti, vous attisez auprès d'eux, et jusque dans leur sein, l'ardeur du gain; vous les surexcitez par l'élément qui est le plus propre à les détourner de leur but régulier; vous rendez la fièvre plus incandescente, tandis qu'il faudrait la combattre par des calmans.

Je connais l'objection banale : la société ne s'applique qu'à la finance qui est dans le commerce; elle reste en dehors de la fonction, qui demeure dans le domaine public. Mais je dis que cette distinction n'est qu'une chimère. En effet, c'est par la fonction que la finance devient meilleure; c'est la fonction qui procure les émolumens; sans la fonction, la société serait inerte et la finance improductive; la fonction est l'âme et le mobile de la société : il est donc impossible que la société soit indifférente à la fonction. Or, là est la source du mal.

Car la fonction doit être libre; et la société lui donnera des surveillans, des conseillers, des tuteurs!! En vain le devoir élèvera des barrières, l'intérêt les franchira.

On destitue un clerc dont on est mécontent; on le punit de ses indiscrétions en le renvoyant. Au contraire, l'associé est un égal, quelquefois un maître dont il faut subir le joug. Il y a un proverbe italien qui a dit avec profondeur : *Chi ha società, ha padrone!!*

La fonction est assujétie à un point d'honneur qui s'ajoute à la responsabilité légale; mais la société, qui n'a en vue que les bénéfices, l'entraînera dans le cercle des pratiques industrielles. Ici, on multipliera les actes frustratoires, l'on enflera les mémoires; on ira recruter audacieusement des cliens pour l'étude *un tel et compagnie*. Là, on jouera à la bourse, et l'on se livrera à l'agiotage. Les devoirs de la profession seront sacrifiés aux exigences de la position commerciale dont on l'a compliquée. Je ne dis rien que l'expérience ne prouve. Des exemples seront cités tout à l'heure (1).

Du reste, on se méprend sur le but de la loi du 28 avril 1816, quand on s'imagine qu'elle a rétabli pour certains offices la vénalité telle qu'on la connaissait jadis. Dans l'ancien régime, on pouvait saisir un office; il est insaisissable aujourd'hui (2); dans l'ancien régime, un arrêt pouvait tenir lieu de la démission du titulaire qui refusait de la donner quand il l'avait promise (3). Aujourd'hui le fonctionnaire ne peut être privé de son titre que par le roi, auquel il appartient; ou par sa volonté (4). Qu'a donc permis la loi du 28 avril 1816? Une seule chose, qui par elle-même est assez grave pour ne l'éten-

(1) N° 95.
(2) M. Dard, p. 248, 249 et 495.
(3) *Id.*, p. 237, 238.
(4) Arrêt d'Agen précité.

dre pas au delà de ses limites : c'est de mettre un prix à la présentation du successeur de l'office. De là il résulte cette conséquence frappante, que la finance ne devient vénale qu'au moment où la fonction cesse ou va cesser; mais que la vénalité n'a pas été rétablie pour le temps de sa durée. La vénalité ne peut coïncider qu'avec la vacance, jamais avec la gestion.

Et ceci explique pourquoi l'office peut tomber en communauté, quoiqu'il ne puisse faire l'objet d'une société. Une société ne pourrait lui servir d'auxiliaire que pendant que le fonctionnaire est en exercice; au contraire, la communauté accidentelle qu'occasione entre les héritiers le décès du testateur n'a lieu que quand la fonction vaque.

Donc, pour nous résumer, nous disons que les jurisconsultes opposés à notre opinion ont contre eux : 1° la loi constitutionnelle abolitive de la vénalité des offices; 2° le texte de la loi du 28 avril 1816, dont ils forcent les conséquences; 3° des raisons de morale et d'ordre public, qui empêchent de transformer en commerce exploitable et en *cabale*, comme disait dédaigneusement Loyseau (1), des fonctions dépendant de la puissance souveraine et vouées avant tout au service des citoyens.

94. Maintenant jetons un coup d'œil sur la jurisprudence. Ses monumens attestent la répulsion que ces sortes de traités trouvent dans les idées des magistrats.

Un arrêt de la Cour royale de Paris, du 2 janvier 1838 (2), décide à l'égard d'un office d'agent de change : « que ces fonctions doivent être remplies par le titulaire » seul; que le droit de les exercer est essentiellement per- » sonnel; que la loi lui fait un devoir de tenir ses opéra- » tions secrètes; qu'ainsi la nature de cet office résiste à

(1) *Suprà*, n° 90.
(2) S. 38, 2, 83.

» ce qu'il devienne l'objet d'une société, puisqu'on ne » concevrait pas de société là où la chose sociale n'est » susceptible ni de copropriété ni d'exploitation par plu- » sieurs, et où les opérations de la société ne doivent être » connues que du gérant; » etc., etc.

Dans cette espèce, le traité de société qualifié exploitation par profits et pertes, de l'office d'agent de change d'un sieur Bureaux, stipulait pour les associés la faculté d'admettre ou de rejeter les opérations de cet agent, et l'obligation pour lui de déléguer, en cas d'empêchement, ses pouvoirs à l'un des associés; de ne pas se démettre dans ce cas avant une époque déterminée, et de laisser gérer l'office sous son nom.

Tout cela avait été convenu probablement avec l'approbation de la chambre syndicale, qui, assure-t-on, a la surveillance de tous les traités. Or, je demande s'il est possible d'argumenter des usages de cette compagnie, lorsqu'on la voit tolérer d'aussi monstrueux empiètemens sur la puissance publique, lorsqu'elle permet d'annihiler un fonctionnaire, et de fausser les rôles au point de le rendre responsable envers le public d'actes non émanés de sa libre volonté!!!

95. Voici une décision non moins remarquable, qui est relative à un office d'avoué. Elle émane d'un jugement du tribunal de Nantes, du 9 mai 1839 (1).

Le traité était bien loin d'enchaîner le titulaire au même degré que le contrat dont j'ai rendu compte au numéro précédent. Mais la force des choses conduisait implicitement aux mêmes inconvéniens; ils sont inhérens, par une nécessité fatale, à tout pacte de ce genre. Voici ce qu'on y lisait :

J. cède à P*** la cinquième partie de son étude d'a-

---

(1) *Journal des notaires*, t. 56, p. 556.
Sirey, 39, 2, 434.

voué, évaluée à 50,000 fr. de prix principal, moyennant 10,000 fr. comptant. En raison de cette cession et de son travail comme premier clerc dans l'étude, P*** recevra le quart de ses produits ; l'association durera jusqu'au 31 décembre 1840, etc.

Le tribunal de Nantes déclara ces conventions nulles, parce que nul ne peut s'ingérer dans les fonctions d'avoué que celui à l'égard duquel existent les garanties et la responsabilité voulues par la loi; qu'en vain on dirait que les procédures sont toujours garanties par le titulaire; qu'en réalité, l'avoué qui a aliéné une partie de la propriété de son office au profit d'un tiers, et qui a admis ce tiers à partager ses travaux sur un pied d'égalité, *n'a plus l'indépendance qui convient à un fonctionnaire public; que pour que la responsabilité d'un fonctionnaire réponde au vœu de la morale et de la loi, il faut que son action soit libre, qu'il ne puisse être maîtrisé par un associé, qu'il ne connaisse d'impulsion que celle de sa conscience, d'empire que celui des règles qui ont tracé les devoirs de son état.*

On ne saurait mieux dire.

Au surplus, veut-on toucher au doigt les dangers de ces associations scandaleuses ? on n'a qu'à jeter les yeux sur l'espèce suivante, jugée par la Cour royale de Rennes, le 28 août 1841 (1).

Par un traité du 30 mars 1833, L*** céda à N. son office d'avoué, moyennant 15,000 fr.; mais, par un traité secret, il fut établi entre le cédant et le cessionnaire une association dont la durée fut fixée à deux ans, et qui avait pour objet le partage des bénéfices de l'étude. Jusqu'à l'expiration des deux ans, l'étude devait rester chez le cédant, et ce n'est qu'à cette époque que celui-ci s'interdisait de s'immiscer dans la gestion.

---

(1) *Journal des notaires,* t. 61, p. 238.
Sirey, 41, 2, 494, 495.

Qu'arriva-t-il à la suite de ce traité? C'est que la charge, forcée de rendre des émolumens assez élevés pour satisfaire aux prétentions des deux intéressés, fut dirigée dans des vues mercantiles; on exagéra les mémoires, on multiplia les perceptions illicites, on pressura les cliens; et l'office, qui jusque-là n'avait rapporté que 4,000 fr., en produisit plus de 14,000 dans les deux ans!!! —L'arrêt constate en fait ces exactions, suite nécessaire et déplorable de pareilles sociétés de gains.

On pense bien que la Cour royale leur imprima le sceau de la flétrissure. Il est à remarquer, du reste, que le contrat permettait au cédant de s'immiscer dans la gestion de l'office pendant les deux années que l'association devait durer. Mais cette clause ne change rien à la physionomie de l'espèce. Les sociétés, qui dissimulent leur action sur le titulaire, ne font qu'ajouter le mensonge à des pactes déjà assez condamnables par eux-mêmes.

96. Telle est la jurisprudence (1). Les sociétés pour les offices ne s'en relèveront pas.

Je n'admets qu'une combinaison, et les arrêts les plus sévères y prêtent la main : c'est celle qui, sans associer le cédant à l'exploitation de l'office, lui permettrait de se payer de son prix de vente au moyen d'un simple partage de bénéfices. Ce tempérament doit être approuvé quand il est exempt de dissimulation. Ce n'est pas là une société dangereuse pour la liberté et la délicatesse du fonctionnaire; c'est tout simplement un mode de paiement.

---

(1) On cite aussi un arrêt de Nîmes du 20 août 1840 (*Journal des notaires*, p. 239, t. 61), et un autre arrêt de Rennes du 29 décembre 1839. (S. 40, 2, 82.) Les motifs en sont remarquables.

Le cédant n'est pas constitué sociétaire, il n'a qu'une simple créance sur les bénéfices, créance qui ne se distingue des autres par aucune anomalie fâcheuse.

Voilà pourquoi un arrêt de la Cour royale de Toulouse, en date du 14 novembre 1835 (1), a validé un marché par lequel le cédant d'un office de notaire s'était réservé une part dans les produits de la charge. Il n'y avait pas de société dans un tel pacte ; le cédant n'était qu'un simple créancier qui, au lieu de se faire payer de son prix en une seule fois, avait préféré un prix payable à plusieurs échéances et en sommes variables. Du reste, point de droit explicite ou implicite de s'immiscer dans la gestion de l'étude; point de participation aux fonctions ; point de copropriété dans la chose ou dans ses produits ; un simple droit aux bénéfices, résultant, non de la qualité d'associé, mais de la qualité de créancier (2). Nous pensons que dans de telles circonstances la Cour n'a rien fait qui engage les principes. Du reste, l'arrêt de la Cour royale de Paris du 2 janvier 1838 , que je citais tout à l'heure, admet aussi, malgré la rigueur qu'on lui a reprochée, la convention qui se renferme dans ces limites.

97. Par la même raison, personne ne désapprouvera le traité par lequel un avoué ou un notaire paierait les services de son clerc par une participation aux bénéfices (3). Là ne se rencontreraient pas ces rapports d'égalité, cette intervention jalouse, qui, en pesant sur le fonctionnaire, entravent la liberté de la fonction.

98. Nous venons de montrer qu'un office ne peut faire l'objet d'une société parce qu'il n'est pas dans le commerce. On peut en dire autant des choses sur lesquelles

(1) D. 36, 2, 42.
S. 36, 2, 155.

(2) M. Duvergier, n° 59, a très-bien fait ressortir ce point.

(3) Notes de M. D. dans Sirey, 38, 2, 83.

il n'est pas permis de pactiser. Mon intention n'est pas de les passer en revue.

Je me bornerai à un dernier exemple emprunté à notre ancien droit.

Trois frères, marchands de Limoges, formèrent une société de tous les biens qui pourraient leur échoir par droit de succession.

Depuis, le père ayant fait son testament, par lequel il institua l'un d'eux pour son héritier, celui-ci prit des lettres de rescision contre l'écrit de société. Arrêt du parlement de Bordeaux qui les entérine, et arrêt confirmatif du grand conseil du 27 janvier 1573. Il y avait dans cette société : *votum captandæ hæreditatis* (1).

Félicius paraît croire cependant qu'on peut mettre en société l'espérance d'une succession future (2). Mais nous verrons au n° 109 la conciliation de ces deux opinions. Il est probable que, dans l'espèce jugée par le parlement de Bordeaux, il résultait des circonstances que les successions mises en société étaient celles de parens vivans et certains.

99. Il faut maintenant nous occuper des effets de la nullité des sociétés illicites.

Une règle domine toute cette matière :

C'est qu'il ne doit pas y avoir communication du dol : *Nulla doli communicatio est* (3). De là les conséquences que voici :

100. 1° Un associé n'a pas d'action contre son coassocié pour l'obliger à conférer ce qu'il a acquis par des moyens criminels ou défendus (4). Réciproque-

(1) Papon, liv. 15, t. 2, n° 28.
Brillon, v° *Société*, n° 20.

(2) C. 9, n° 21 ; il cite Bartole sur la loi *Is potest*, n° 5. D. *De acq. hæred.*

(3) Ulp. l. 1, § 14, D. *De tutor. et ration. dist.*

(4) Voet, *Pro socio*, n° 7, d'après Ulpien, l. 53, D. *Pro socio.*

ment, l'associé condamné pour le délit qui a donné naissance à la société ne pourrait légalement exiger que son co-associé l'indemnisât du dommage causé par l'effet de cette juste condamnation (1). De même que le gain obtenu par le dol ne doit pas se communiquer, de même la perte amenée à la suite du dol reste personnelle et ne doit pas se partager.

101. Ce n'est pas tout : supposons que l'un des associés ait mis spontanément en commun les bénéfices qu'il avait acquis par des manœuvres frauduleuses ; il n'aura pas d'action contre ses co-associés pour les contraindre à la restitution ; surtout si ceux-ci avaient ignoré la cause de ce gain (2). Mais quand même il y aurait eu connaissance du délit, la répétition serait vainement formée. Car c'est une règle de droit, qu'on peut retenir quelquefois ce qu'on ne pourrait honnêtement demander (3).

102. En un mot, les associés n'ont pas d'action entre eux pour raison des sociétés illicites ; ils ne peuvent ni demander le partage des profits et pertes, ni le faire régler en justice, ni déférer aux tribunaux le jugement de leurs différends sur les effets de leur association.

M. Toullier voudrait qu'on fît fléchir cette sévérité pour le cas où il s'agit de sociétés qui ne sont illicites que par la force de certaines lois arbitraires, par exemple, pour les sociétés de contrebande, et autres dont la criminalité est de pure convention (4). Mais cette tolérance serait illégale (5) et dangereuse (6). Elle a été

(1) Voet, *Pro socio*, n° 57. D. *Pro socio*, et l. 1, § 14 ; D. *De tutorib.*

(2) Ulpien, l. 53, D. *Pro socio.*
Favre sur ce texte.

(3) L. 3 et l. 4 ; § *Sed et quod*. D. *De conduct. ob turpem.*

(4) T. 6, n° 127.

(5) Arg. de l'art. 1133 C. c.

(6) Junge M. Duvergier, n° 30.

condamnée par deux arrêts de la Cour royale de Paris, des 18 février 1837 et 15 juin 1838, qui ont déclaré sans action en justice des associés pour la contrebande et pour la vente d'un remède secret (1). On peut consulter aussi l'arrêt de la Cour royale de Nancy que j'ai rapporté au n° 88 et qui refuse le droit de réclamer une indemnité à l'associé qui avait fait des dépenses personnelles pour la mise en mouvement de la société illicite.

103. Les lois romaines parlent d'un autre tempérament; elles supposent que l'auteur du délit a été condamné à rendre au tiers, qu'il a surpris, le fruit de sa mauvaise action; elles veulent alors que l'associé avec lequel il aura partagé soit tenu de lui faire restitution. Car ce serait aller contre la bonne foi que de garder ce que son co-associé doit rendre (2) : « Atqui non est ex » bonâ fide, disait le président Favre, ut socius ex bonis » socii retineat id quod ille alii reddere damnatus » sit (3) »; et relativement à cette restitution, Ulpien fait une distinction. Si l'associé qui a profité du délit a été de bonne foi, il ne doit rendre que la chose seule qu'il a reçue; mais s'il a connu le délit, il est juste qu'il supporte, en sus, sa part de la peine; *ut cujus participavit lucrum, participet et damnum* (4).

Et peu importe que la condamnation ait lieu après la dissolution de la société, ou pendant qu'elle dure. Les obligations restent les mêmes, sans distinction d'époques (5).

104. Mais hâtons-nous de faire remarquer que ces distinctions des lois romaines ne sont applicables que

---

(1) D. 38, 2, 173.
(2) Pomponius, l. 54; D. *Pro socio;* Voet, *Pro socio*, n° 7.
(3) Sur la loi 54 D. *Pro socio.*
(4) Ulp., l. 55, D. *Pro socio.*
(5) Paul, l. 56, D. *Pro socio.*

lorsque la société, licite dans son objet, a dévié dans quelques actes isolés. Elles ne peuvent être invoquées lorsque la société est en soi contre les lois, les bonnes mœurs, l'ordre public. Alors on s'en tient à la règle qui ne donne aucune action entre associés. Cette règle est générale, dit Ulpien (1), elle ne se prête pas à de telles exceptions.

105. Jusqu'à présent je n'ai parlé que de la communication des gains et pertes, dans les sociétés illicites. On a vu que tout ce qui a été dit à cet égard repose sur cette règle, que le dol ne se communique pas.

Quant aux capitaux, apportés pour les constituer, on a pensé (2) que chaque associé a action pour les reprendre. La réception seule, a-t-on dit, suffit pour établir le fondement de la répétition contre l'associé qui les détient. On n'a pas à argumenter de la société, on la tient pour non avenue. On ne vient pas demander la communication du gain obtenu par dol, de la perte occasionée par suite du dol. On ne fait que répéter ce qui a été reçu sans cause.

J'ajoute que dans l'affaire jugée par le tribunal de Nantes (3), le notaire qui s'était associé au précédent titulaire de l'office avait versé 10,000 fr. : le tribunal en ordonna la restitution.

Mais, dans leur excellent *Traité du contrat de commission*, MM. Delamarre et Lepoitevin s'élèvent contre cette opinion (4). La mise, disent-ils, a eu sa cause dans la société illicite; elle est un effet d'un pacte réprouvé. L'associé qui a reçu n'a qu'à répondre : *J'ai reçu, mais pour faire la contrebande*, et, d'après ces paroles, nul tri-

(1) L. 57, D. *Pro socio.* (*Generaliter.*)
(2) M. Duvergier, n° 31.
(3) *Suprà*, n° 95.
(4) T. 1, n° 65.

bunal ne voudra prendre connaissance d'une telle affaire, si ce n'est pour punir les coupables. C'est en vain qu'on se replie à dire qu'on tient la société pour non avenue : les faits ne s'abolissent pas. *Facta pro infectis haberi non possunt.* Cette argumentation, quoique sévère, me paraît sans réplique.

106. Après avoir passé en revue les sociétés illicites par leur objet, on arrive aux sociétés illicites par leur constitution.

C'est à celles-ci que notre article fait allusion quand il exige que la société soit contractée pour l'intérêt commun des parties. Toute société qui n'aurait en vue que l'avantage d'un des associés serait infectée d'un vice qui en altèrerait l'essence ; elle serait léonine. Mais ce n'est pas le lieu de traiter à fond ce sujet. Je m'en occuperai en commentant l'art. 1855 (1).

107. Nous voici au troisième point dont s'occupe l'art. 1833, c'est-à-dire aux mises sociales. Le principe est qu'il n'y a pas de société, si chaque associé n'apporte pas une mise. La mise est de l'essence de la société. Sans mise réciproque, il y a un contrat autre que le contrat de société. (Art. 1832 et 1833.)

108. Et d'abord, en quoi peut consister la mise?

A cet égard, l'art. 1833 laisse aux parties une latitude qui ne comporte d'autres limites, que celles que nous avons assignées ci-dessus à l'objet même de la société (2). « Chaque associé, dit-il, doit apporter ou de l'argent, ou » d'autres biens, ou une industrie. » Ce cercle est immense. Il comprend non-seulement ce qui tombe dans le domaine de propriété, mais encore les facultés intelligentes de l'homme, les inventions de son esprit, le travail de ses mains.

(1) Voyez au surplus *suprà*, n°s 4, 6, 8, 16.
(2) N° 85.

Ainsi, la mise sociale peut être d'une chose corporelle, ou d'un droit incorporel (1).

Une chose corporelle : comme les bâtimens d'une usine, une chute d'eau, une machine, de l'argent non monnayé, une mine, un chemin de fer, des capitaux.

Un droit incorporel : comme une invention, un secret utile (2), un procédé industriel, une clientèle, etc., etc.

109. Non-seulement la mise sociale peut être d'une chose présente, elle peut être aussi d'une chose espérée; on y peut faire entrer une succession future (3), pourvu toutefois que ce ne soit pas la succession future de telle ou telle personne vivante et désignée et qu'il s'agisse, au contraire, de l'hérédité d'une personne incertaine (4); et quand nous parlons de la possibilité de mettre en société une chose non encore existante, mais seulement espérée, nous entendons que l'espérance n'entre dans la mise sociale qu'en attendant l'évènement qui doit y faire entrer la chose future. Car une espérance seule, détachée de la chose, est une chimère qui ne peut servir d'assiette à une société (5); quand l'espérance s'évanouit, la société périt.

110. On peut également mettre en société des chances futures. En voici un exemple :

Le 28 octobre 1823, quatre pères de famille, ayant

---

(1) Je me sers de cette locution consacrée, quoique mauvaise.

(2) V. *Répert.* de Merlin, v° *Société*, p. 662 : affaire du médecin *Sutton*, qui avait apporté en société la révélation d'un secret pour *inoculer*.

(3) Paul, l. 3, § 2, D. *Pro socio;* Felicius, c. 9, n°s 15, 21.

(4) Favre sur cette loi, d'après Accurse : « Intellige enim cum » Accursio *de hæreditate venturâ incerti hominis;* nec enim valet » pactum de futurâ hæreditate viventis. » *Suprà*, n° 98.

(5) Ulpien, l. 63, § 10, D. *Pro socio :* « Neque enim ejus rei quæ » jam nulla sit, quisquam socius est. » Il parle d'une chose qui a péri.

chacun un fils sujet au recrutement, stipulent, 1° que, voulant mettre en commun les chances du sort, ils forment par portions égales un fonds de 2,400 fr. qui sera réalisé à la première réquisition de celui ou de ceux qui y auront intérêt; 2° que si le sort désigne un seul des quatre jeunes gens, celui-ci prendra dans le fonds une somme de 1,600 fr.; s'il en désigne deux, ils y prendront chacun 1,000 fr.; s'il en désigne trois, ils prendront chacun 800 fr.; enfin, s'il les désigne tous quatre, les société et mises de fonds demeureront nulles de plein droit (1).

111. Au lieu de mettre en société une chose elle-même, on peut se borner à apporter la jouissance dont elle est susceptible (2);

112. Ou bien quelques-uns de ses attributs utiles, par exemple, sa qualité exploitable, ou une destination dont on peut tirer profit. C'est pourquoi nous avons dit ci-dessus (3) que la vénalité d'un objet est de nature à former une mise sociale, et les lois romaines le décident expressément.

En effet, Ulpien rappelle l'espèce suivante qu'il emprunte aux ouvrages de Celsus (4). Vous avez trois chevaux, et moi j'en ai un; comme leur réunion peut former un bel attelage, et qu'en les vendant en quadrige il y a lieu d'espérer que l'on en tirera un prix meilleur que si on les vendait séparément, nous formons une so-

---

(1) M. Championnière, t. 3, n° 2766.

(2) Felicius, c. 9, n° 17.

Alexandre, *Conseil*, 491, lib. 11.

« *Super fructibus,* dit Felicius, *absque re principali* » : nos 17, 18; art. 1851, *infrà*, n° 671.

(3) Nos 39, 46.

(4) L. 58, D. *Pro socio*. Voyez *infrà*, n° 683 : je reviens sur le sens de cette loi. Voyez aussi n° 920.

ciété pour en opérer la vente d'après cette combinaison. Il est convenu du reste que j'aurai le quart du prix. Mais voilà que mon cheval meurt avant la vente. Suivant Celsus, cet évènement rompt la société, et vous ne me devez rien du prix de vos chevaux. Ce ne sont pas les chevaux eux-mêmes qui ont été mis en société; leur vente en commun en a seule fait l'objet : « *Nec enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam esse societatem.* » Vous ne seriez tenu de partager le prix avec moi, qu'autant que nous aurions mis les chevaux eux-mêmes dans la société, parce qu'alors mon cheval, étant devenu la propriété de la société, aurait péri pour elle, et non pour moi (1); mais, dans l'espèce, je n'ai abdiqué ni la propriété de mon cheval, ni même sa jouissance; j'en ai seulement conféré à la société la destination vénale.

Je ne conçois pas qu'une décision aussi juste soit censurée par M. Duvergier (2). Parce que chacun est resté propriétaire de la chose qui lui appartenait avant la convention, il en conclut qu'il n'a pu y avoir société (3); car c'est une erreur assez fréquente chez lui de penser que les mises sociales doivent avoir nécessairement pour effet de procurer à la société la propriété ou la jouissance de la chose (4). Mais il n'y a pas de plus dangereuse idée que celle-là. Comme le dit très-bien M. Championnière, la société n'exige pas qu'il y ait apport de propriété, ni même de jouissance (5). Il suffit qu'on lui apporte la simple destination vénale de la chose dont on reste propriétaire. Cette destination est une qualité utile, susceptible d'être exploitée et mise à pro-

---

(1) L. 58, D. *Pro socio.*
(2) Nos 46 et 51.
(3) N° 51.
(4) V. *suprà*, n° 39, la réfutation d'une erreur semblable.
(5) *Traité des droits d'enregistrement*, t. 3, n° 2770.

fit; c'est, dans le sens de notre article, *un bien* qui cesse d'être exclusivement dans le patrimoine du propriétaire, et qui appartient désormais à la société appelée à en tirer parti. Notre article n'exige rien de plus : un tel apport suffit pour attribuer à la société ce quelque chose sur lequel s'exerce son industrie.

Dans l'espèce de Celsus et d'Ulpien, la destination vénale ne devait être utilisée qu'autant que les quatre animaux auraient été réunis en quadrige, et c'est parce que la mort prématurée d'un des chevaux a fait évanouir cette condition que la société est rompue (1); or rien n'empêche de subordonner une mise à une condition (2).

113. Si les qualités utiles d'une chose peuvent entrer dans une société, à plus forte raison doit-on considérer comme mise valable les qualités de la personne qui peuvent être dirigées vers un gain honnête.

Ainsi l'habileté dans la conduite des affaires (3), la force et le courage à se défendre d'un ennemi (4), le crédit commercial (5), l'industrie qui est aussi une richesse et dont la puissance égale et dépasse souvent celle des capitaux (6), tout cela peut être mis comme apport dans la société.

---

(1) *Infrà*, nos 593 et 920.

(2) Pothier, n° 13 ; *suprà*, n° 37.

(3) Arg. de l'art. 1856.

(4) *Suprà*, n° 15, ce que j'ai dit des sociétés de conserve. M. Pardessus, n° 984, t. 4; M. Duvergier, n° 18.

(5) Felicius, c. 9, n° 13, *Nomen et auctoritas*.

(6) Ulpien, l. 29, D. *Pro socio*. Il dit : *Pecuniæ vel operæ*.

Paul, l. 71, D. *Pro socio*. Il parle de deux personnes qui s'étaient associées pour enseigner la grammaire. Caius III, 149, *Sæpè enim opera pro pecuniâ valet*.

Doneau, lib. XIII, c. 15, n° 4, et sur le C. *Pro socio*, sur la loi 1. Balde, sur la loi 1, C. *Pro socio*, n° 1.

114 J'ai parlé du crédit de la personne : car tous les auteurs, de Luca (1), Felicius, entre autres, la mettent au rang des mises valables. Là-dessus un mot d'explication.

Je n'entends pas faire allusion (on le présume bien) à ce genre de crédit dont je parlais au n° 87, et qui consiste dans la protection qu'une personne puissante par sa position, ses rapports, ses fonctions, accorde à une personne plus faible. Ce crédit-là n'est pas dans le commerce; il est immoral d'en tirer un profit. Pothier, si délicat appréciateur de ce qui est honnête, disait qu'il serait contraire aux bonnes mœurs qu'une personne puissante accordât son crédit pour de l'argent (2).

Mais il est une autre sorte de crédit que l'on se crée dans l'industrie par son travail, son habileté, sa fidélité aux engagemens promis. Ce crédit attire les capitaux, il rend les affaires sûres et faciles; il est un *bien* pour une société industrielle, et celui qui l'apporte doit en être récompensé; car c'est une mise réelle sans laquelle peut-être la société n'aurait pu se constituer. — Voilà le crédit dont on doit tenir compte dans le calcul des apports sociaux.

115. J'ajoute une autre observation essentielle.

Le crédit peut bien entrer comme mise partielle; mais il serait dangereux de l'admettre sans la coopération active, sans le concours sérieux de celui qui en est investi. La raison en est simple : le crédit ne s'accorde qu'à la personne et à ses œuvres. Or, si la personne, dont la réputation commande la confiance, n'a dans la société que son nom, sans son travail, sa prévoyance, son aptitude, la foi des tiers ne sera-t-elle pas trompée? et dès lors, une telle société ne rentrera-t-elle pas dans la

(1) *Infrà,* n° 385.
(2) Société, n° 10.

classe de celles que j'ai qualifiées ailleurs de contraires à la morale publique (1)?

116. Ainsi deux choses sont à noter:

1° Le seul crédit qu'il soit permis de faire entrer dans un actif social, c'est le crédit commercial, industriel.

2° Ce crédit doit être appuyé d'une coopération réelle qui rende efficace la responsabilité sur laquelle les tiers ont compté.

Ces deux points me paraissent résulter au surplus de la discussion au conseil d'État.

« M. Pelet dit qu'on peut apporter dans la société *son nom et sa réputation*, lesquels doivent aussi être considérés comme une mise.

» M. Treilhard dit que la réputation *étant le résultat de l'industrie*, ce ne serait rien mettre dans la société que de n'y apporter que son nom, *si l'industrie ne l'a rendu recommandable.*

» M. Berlier ajoute que d'ailleurs l'espèce de mise dont on parle ne s'applique qu'aux sociétés de commerce dont toutes les règles sont spécialement et exceptionnellement maintenues par plusieurs dispositions du titre que l'on discute. Au surplus, et en thèse générale, *un nom isolé de tout acte de la personne est une chose fort abstraite,* au lieu que l'industrie est une chose positive à laquelle il convient de s'arrêter.

« L'article est adopté (2). »

117. Il n'est pas nécessaire que l'apport des associés soit d'égale valeur (3); l'inégalité des mises se compense par l'inégalité dans les parts, dans les bénéfices et les pertes. Nous verrons dans l'art 1853 le développement

---

(1) *Suprà*, n° 87.
Junge M. Duvergier, n° 19.

(2) Fenet, t. 14, p. 367.

(3) Ulpien, l. 5, § 1, D. *Pro socio.*

de cette idée, et dans l'art. 1855 les limitations dont elle est susceptible.

118. On n'exige pas non plus que l'apport de chacun des associés soit de choses identiques. Car la fécondité naît souvent de la diversité des forces qui s'associent. Ainsi un associé peut apporter une découverte, un autre une industrie, un troisième des capitaux (1). L'intelligence, en prêtant son secours à la matière, développe la production, et ces deux élémens, que leur isolement et leur antagonisme pouvaient rendre stériles, engendrent la richesse par leur union.

119. Par contre, la mise sociale peut consister en une seule et même chose appartenant en commun à deux personnes, et destinée à être exploitée dans la vue de faire un gain et de le partager (2).

120. Cette alliance d'un capital et de l'industrie, dont je parlais au n° 118, est fort ancienne. Les Romains l'ont pratiquée de toute antiquité, et leurs lois en font l'éloge (3); elles y voient un moyen de procurer au pauvre des ressources précieuses. « Pauperior opera supplet, » quantum ei per comparationem patrimonii deest (4). » Dans son plaidoyer pour Roscius le comédien, Cicéron nous a conservé l'exemple d'une société dans laquelle le grand artiste s'était engagé, à titre de mise, à enseigner à l'esclave Panurge, l'art dramatique.

A cette occasion, je rappellerai qu'un passage des Institutes (5) a fait croire à plusieurs interprètes (6) que le

---

(1) *Dioclet. et Maxim.*, l. 1, C. *Pro socio.*

(2) Ulpien, l. 63, D. *Pro socio.* (L. 1, 5, D. *Pro socio.*)

(3) Ulpien, l. 5, § 1, D. *Pro socio.* (L. 29, § 1, D. *Pro socio.*)

(4) Ulp., l. 5, § 1, D. *Pro socio.*

(5) *De societate*, § 2.

(6) Doneau, sur la loi 1 C. *Pro socio.*
Noodt, sur le D. *Pro socio*, etc., etc.

jurisconsulte Mucius Scævola avait douté si l'un des associés pouvait n'apporter pour toute mise que son industrie sans argent. Je ne sais si les textes justifient cette opinion ; je la crois fort problématique. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que les jurisconsultes, dont les fragmens nous sont parvenus, placent l'industrie à l'égal des capitaux (1) et quelquefois même au-dessus (2); c'est que les décisions abondent pour élever l'industrie au rang des apports qui balancent ou surpassent l'importance de l'argent. De là cet adage de nos vieux jurisconsultes français : « Autant *est prisé le sens et la peine » que l'argent* (3). » Adage que les Assises de Jérusalem ont sanctionné ainsi qu'il suit : « Et encore en une autre » ménière peuvent les homes faire compaignie. Car l'un » des compaignons peut mettre en la compaignie les be- » zans (4), et l'autre son industrie (5); isi vaut cette » compaignie (6). »

---

(1) Caius III, 148.
Just., Inst. *de Societate*, § 2.
Ulpien, l. 5, § 1, D. *Pro socio*.
Diocl. et Maxim., l. 1, C. *Pro socio*.
Plaute, dans l'*Asinaria*, act. 1, scen. 3, dit :

« Pro paridatum hostimentum, est, opera pro pecunia. »

(2) Balde dit en commentant la loi 1 C. *Pro socio*.

Ille qui ponit operam, aliquid ponit. *Quia ipsi pecuniæ coæquale esse censetur*. Nam tales operæ pretium et æstimationem recipiunt, et illa æstimatio et pretium loco pecuniæ subrogatur, ut ibi dicit, l. 1, C. *Pro socio*. (Balde.)

Mais Ulpien va plus loin; voici ses termes : *Plerumque enim* tanta est industria socii *ut plus societati conferat quam pecunia*. L. 29, § 1, D. *Pro socio*.

(3) Bouteiller, *Somme rurale*, t. 68.

(4) L'argent.

(5) L'édit. italienne porte : « *Il corpo efatica sua*. »

(6) Ch. 99, Assise des bourgeois (édit. de M. Foucher, p. 172).

121. C'est de cette espèce d'association qu'est sortie la société en commandite (1), qui de nos jours s'est livrée à de si grands développemens. Nous nous en occuperons plus bas avec étendue.

122. Je viens de montrer de quels élémens se compose le fonds social.

Reste à examiner une question qui a fort agité les interprètes du droit romain et qui aujourd'hui n'est pas encore entièrement résolue; la voici (2):

Lorsque les parties n'ont pas dit si la société devait comprendre la propriété ou seulement la jouissance des capitaux, doit-on décider que c'est la jouissance seule qui a été mise en commun, ou bien que c'est plutôt la propriété (3)?

Cette question est d'une haute importance. Si la société n'est que pour la jouissance, l'associé reste propriétaire et reprend son apport à la fin de la société; si au contraire le corps moral devient propriétaire, la chose se partage entre les associés suivant leur intérêt. On voit combien il est utile que les actes de société s'expliquent sur un point qui acquiert tant de gravité quand vient le moment du partage (4).

123. C'est surtout quand la mise de l'un des associés consiste en argent, et que celle de l'autre consiste en travail et industrie, que ce point présente un grand intérêt. L'industriel qui n'a rien fourni dans les capi-

---

(1) Toubeau, liv. 2, t. 3, ch. 3, p. 103.

(2) M. Pardessus, t. 4, n° 990.

M. Duranton, t. 17, n° 408; MM. Malpeyre et Jourdain, n° 77. *Contra*, M. Duvergier, n° 204; v. n° 133 un cas à noter dans les usages du commerce, à savoir, les actions industrielles.

(3) V. art. 1841, n° 315. Pothier, n° 57.

(4) V. l'art. 1851, n°s 580 et suiv.; Ulpien, d'après Celsus, l. 58, D. *Pro socio.*

taux y prendra-t-il cependant une part virile quand on partagera? Aura-t-il non-seulement la part à lui afférente dans les bénéfices, mais encore une part dans l'argent qui ne procède pas de lui?

On le voit donc : les droits du travailleur sont subordonnés à cette question : Le capitaliste est-il censé avoir transféré à la société la propriété ou l'usage de son argent (1).

Les partisans de l'opinion qui voulait que, dans le doute, la propriété de l'argent fût présumée acquise à la société disaient : 1° Ce qui est mis dans une société doit être commun aux associés (2); or, l'argent a été apporté dans le fonds social; pourquoi ne se partagerait-il pas entre les associés? 2° Celui qui a apporté de

---

(1) Balde traite à fond cette question, contre la glose, dans son comment. de la loi 1 C. *Pro socio*, n°s 13, 14, 15 et suiv. : « Tu dic secundùm Jacobum de Aretino quod non solùm *de con-* » *suetudine* sed etiam de jure est quod capitale sit salvum. Quia » enim socius debet habere pecuniam meam? Et si tu dicis quia » ponit operam, respondeo quod pretium operæ intelligitur » omne correspondens interusurio pecuniæ, non ipsi sorti. Unde » si unus ponit commoditatem pecuniæ certæ, *alter ponit com-* » *moditatem operæ, non autem proprietatem.* Finge etiam quòd » unus posuit mille millia, alter operam tantùm. Hic nulla potest » esse proportio nisi de commodis operæ ad commoda pecuniæ, » non ad ipsam totalem sortem. Præstereà istud est expressum, » quando in societate ponitur species ex una parte, puta pecus, » et ex alia opera pastoris. Quia sola commoda et damna obve- » nientia sunt communia, non autem ipsum pecus....... Ut dica- » mus, *quod potius in dubio intelligitur in societate positus* USUS REI » *quam res.* »

C'était l'opinion commune; *infrà*, n° 587.

Alexandre, *Cons.*, 117, lib. 1.

Et 131, n° 7, lib. 5.

Felicius, *de Societate*, c. 9, n° 55.

(2) L. 1 et 2, D. *Pro socio.*

l'argent ne doit pas être de meilleure condition que celui qui fournit son industrie. Car l'industrie vaut l'argent et souvent elle est plus précieuse; or, celui qui a conféré son industrie ne la retire pas : est-il juste que le bailleur de fonds retire son capital? pour qu'il y ait égalité, ne faut-il pas que l'argent et l'industrie suivent la même condition?

Ainsi raisonnaient Jean (1), Accurse, etc., etc.

Mais Balde, Alexandre, Paul de Castro, suivis par Felicius (2), refutaient cette doctrine, et la savante rote de Gênes ne l'observait pas. Écoutons Straccha son interprète : Une société avait été contractée entre Barthélemy de Bene et Baptiste Neaterio. Le premier avait apporté 12 barils de sardines et Baptiste devait donner ses soins pour les porter en Sardaigne et en opérer la vente. Les barils de poisson salé avaient été estimés à N** livres, avec pacte que les profits seraient partagés par moitié. Baptiste ayant tardé à rendre ses comptes, Barthélemy intenta des poursuites contre lui pour la restitution de son capital entier et pour sa part de bénéfices. On fit valoir dans l'intérêt de Baptiste les raisons dont je viens de parler. Mais la rote, sans s'y arrêter, donna gain de cause au demandeur (3).

Cette jurisprudence n'était pas particulière à la rote génoise. La coutume de Bayonne, écho de cet usage général invoqué tout à l'heure par Balde, formulait le même principe (4).

---

(1) Johannes Bassianus.

(2) Quare si unus ex sociis poneret tantum operas, et alter pecuniam, cum inter eos cesset mutua collatio, dicerem pecuniam non fuisse communicatam, et super eâ societatem non fuisse contractam; sed contractam fuisse super lucro ab ipsâ pecuniâ et operibus obventuro. C. 9, n°s 54, 55.

(3) Straccha, *Decis. rot. genu.*, dec. 159.

(4) T. 3, art. 4 et 5.

Du reste, Doneau (1), Vinnius, qui rarement se sépare de ce maître (2), Fachin (3), Perez (4), Gail (5), Tulden (6), pensaient aussi que l'usage seul de l'argent était censé entrer dans la société : c'était également l'avis des théologiens. Témoin ces paroles de saint Thomas (7) : « Ille qui committit pecuniam suam vel mercatori vel » artifici per modum societatis cujusdam, *non transfert* » *dominium pecuniæ suæ in illum,* sed remanet ejus ita quod » cum periculo ipsius, mercator de ea negotiatur, vel » artifex operatur, et ideo sic licite potest partem lucri » inde provenientis expetere *tanquam de re sua* (8). »

Pour soutenir ce second sentiment, Doneau, se renfermant dans l'argumentation la plus serrée, disait : En général l'industrie fournie à une société correspond, non au capital de l'argent, mais à son usage (et ceci revient à ce que Balde enseigne : *operæ et industria censentur correspondere interusurio pecuniæ et non ipsi sorti*) (9).

N'est-ce pas ainsi qu'on le comprend dans le contrat de cheptel, ou de bail à colonage (10)? Est-ce que le capital devient commun dans ces contrats? Est-ce que le propriétaire ne retire pas son troupeau, sa métairie?

Et puis, qu'est-ce que la société ? Quel est son but? N'est-elle pas une convention pour le partage des gains, et rien de plus? Or, quand l'objet précis du contrat

---

(1) Sur la loi 1. C. *Pro socio.*
(2) *Quest. select.*, lib. 1, c. 54.
(3) Lib. 2, c. 94.
(4) Ad Cod. *Pro socio,* n° 8.
(5) Lib. 2, obs. 24, n° 6.
(6) Ad inst. *de Societ.*, c. 3.
(7) Quæst. 78, art. 2, ad. 5.
(8) V. aussi *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 267.
(9) V. le passage précité.
(10) L. 52, § 2, D. *Pro socio.*
Doneau, sur la loi 1. C. *Pro socio*, n° 3.

n'est que la communauté et le partage des bénéfices, peut-on, sans abus, aller jusqu'à rendre communs les capitaux apportés comme instrumens de la société? Ne faudrait-il pas une convention expresse pour arriver à un tel résultat (1)?

Sans doute, la société exige une communauté de choses, pour préparer la communauté des bénéfices. Mais il n'est pas dit que ce soit plutôt la propriété que l'usage qui doit être mis en commun, et le silence des parties à cet égard doit être suppléé par la fin de la société, par sa pensée fondamentale qui est un partage de bénéfices.

Du reste, Doneau ne veut pas de l'argument qui consiste à prétendre que si l'argent était commun, il arriverait que le travailleur profiterait de cet argent sans être exposé à en rien perdre, tandis que le bailleur de fonds courrait la chance de perdre sans gagner. Doneau répond qu'à la rigueur on peut compenser le travail avec l'argent; que si l'un communique son argent, l'autre communique son travail, et qu'ainsi il peut y avoir réciprocité de chances. Mais, ceci écarté, Doneau n'en soutient pas moins que, dans le partage du fonds social, on doit prélever la mise du bailleur de fonds, parce qu'à moins de clause contraire, on est censé s'associer pour partager les gains, mais non pas les capitaux. Le capital est apporté pour servir aux opérations des associés, pour être un agent, un instrument, et pour arriver à des bénéfices par un utile emploi; mais les fins naturelles du contrat de société ne permettent pas de supposer facilement qu'il a été aliéné par le bailleur de fonds. « Non enim confertur ut sit communis sociorum, » sed ut ex ea negotiatio exerceri possit, ad lucrum fa- » ciendum quod deinde commune sit. »

---

(1) Doneau, *loc. cit.*

Objectera-t-on que l'associé travailleur ne retire pas son travail comme l'autre associé retire son argent; qu'il y a par conséquent injustice à traiter l'industrie avec si peu de faveur? Mais quelle différence, répond Doneau, entre l'argent et l'industrie prêtés? L'argent est de ces choses qui peuvent se rendre; au contraire, le travail s'évanouit en s'exerçant, et il ne reste rien qu'on puisse restituer. *Opera simul atque præstita statim evanescit, nec est in rerum natura ea opera quæ reddatur.* Tout ce qui serait susceptible d'être rendu, ce serait, non le travail même, mais le prix du travail. Mais comment le travailleur pourrait-il déduire ce prix, puisque l'associé capitaliste ne déduit pas l'intérêt de son argent et le laisse en commun?

Voici donc la conclusion du judicieux jurisconsulte :

« Ergo et usus operæ cum usu pecuniæ recte compen» satur, et illud socio operanti sufficere debet, quod lu» crum capit ex negotiatione; *quod lucrum facturus non » erat sine pecunia socii.* »

Ces raisons sont graves, du moins au point de vue de l'ancien droit, et la jurisprudence de la rote de Gênes leur prête une grande force; il faut les étudier dans l'ouvrage même de Doneau, et non dans l'exposé pâle et énervé de Fachin, pour se faire une juste idée de leur importance; alors on ne sera pas tenté de dire avec M. Duvergier que l'argumentation tirée de l'intention des parties n'est qu'une pétition de principe. Car si elle a une telle couleur dans Fachin, elle s'élève à la hauteur d'une logique puissante dans Doneau. C'est en effet dans les entrailles mêmes de la société que le jurisconsulte rationaliste s'efforce de creuser; c'est dans le but de ce contrat, dans sa définition.

Toutefois, sans ériger en principe que l'industrie n'équipolle qu'à la jouissance du capital, Grotius conseillait de consulter les circonstances, seul moyen

de bien décider si les parties avaient voulu balancer le travail avec le capital de l'argent, ou seulement avec l'usage de l'argent (1). Vinnius, après bien des raisonnemens, paraît incliner vers ce parti (2), qui semble encore aujourd'hui le plus sage à plusieurs de nos jurisconsultes (3).

124. En admettant aussi la grande influence des faits, je crois cependant qu'il y a quelques notions doctrinales qui doivent en diriger l'interprétation; et si, sous l'ancien droit, j'eusse probablement partagé l'avis de Doneau, sauf les circonstances, je trouve dans le Code civil des dispositions qui m'en éloignent. En effet, dans les bases comparatives du calcul de Doneau, il y avait un fait qui lui donnait beaucoup de puissance. On pensait autrefois que l'associé bailleur de fonds, qui ne faisait entrer dans la société que la jouissance de son capital, en avait le risque; qu'ainsi, si l'industriel n'entrait pas en partage du capital, du moins il avait l'avantage de n'avoir rien à supporter dans la perte de ce même capital, lequel périssait tout entier pour son propriétaire.

Mais (faisons y bien attention) l'art. 1851 renverse cette distribution de la perte; il veut que le capital dont la jouissance a été mise dans la société périsse pour elle, de telle sorte que l'associé bailleur de fonds reste créancier de ce qu'il a apporté. Il suit de là que l'industriel qui, d'après le système de Doneau, ne devra jamais rien prendre dans le capital, doit, dans celui du Code civil, contribuer pour sa part à en réparer la perte.

Ceci me paraît grave, et les combinaisons de Doneau

(1) De jure pacis et belli, lib. 2, c. 12, n° 24.
(2) Loc. cit.
(3) M. Pardessus, t. 4, n° 990.

me semblent devoir en éprouver un notable dérangement (1). Lorsque l'industriel, qui ne prend ancune part dans le capital, est exposé à en supporter la perte, on sera moins enclin à adopter l'interprétation qui le place dans la condition la plus rigoureuse (2).

Au surplus, nous nous réservons d'examiner plus bas ce qui concerne le droit des actions industrielles (3).

125. Nous venons de traitier la question par rapport à l'industrie unie aux capitaux.

Lorsque les mises respectives consistent en capitaux, elle doit recevoir la même solution. Du reste, elle ne présente qu'un médiocre intérêt. En effet, le capital social devant se partager suivant les mises, il importe peu que chaque associé retrouve son apport par le moyen d'un partage, ou par le moyen d'un prélèvement. Pierre a apporté 100,000 fr. dans une société ; la mise de Paul n'est que de 50,000 fr. Qu'il y ait simple apport de jouissance, ou apport de propriété, le résultat sera le même. Pierre et Paul se trouveront toujours dans la proportion de 50,000 à 100,000 fr. Cependant quelques auteurs sont d'avis que dans ce cas, il y a invariablement transport de la propriété à la société (4) ; et leur argument est pris de la mutuelle collation

---

(1) *Infrà*, n° 587, l'interprétation de l'art. 1851 et l'ancien droit, sur la perte du capital dont la jouissance seule avait été mise en société.

(2) Le Code de com. portugais, art. 551, porte : « Les fonds » versés dans une société sous raison sociale sont considérés, à » dater de l'époque du contrat, *comme propriété commune* à tous les » associés, dans l'intérêt de la société. » (Confér. de M. Saint-Joseph, p. 8.)

(3) N°s 134, 135.

(4) Socin, Cons. 265, n° 2, lib. 5.
Felicius, c. 9, n° 54.

de choses homogènes, laquelle fait supposer une intention de se communiquer la propriété et la jouissance (1); c'est une raison comme une autre, et quand bien même on la considèrerait comme peu décisive, j'avoue qu'elle me paraîtrait plus déterminante que celle de M. Duranton, qui se borne à insister sur ce que la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent *quelque chose en commun* (2). Eh! sans doute; mais qu'est-ce que ce quelque chose? Est-ce l'usage de la chose ou la chose même? Est-ce que l'usage n'est pas un *quelque chose* qui satisfait aux exigences de l'art. 1832? Pour moi, en me rappelant les doctrines de Doneau (3), je serais bien plus tenté de croire que la définition de la société va plus contre la conclusion de M. Duranton qu'à son appui.

126. Simplifiée au numéro précédent, la question deviendra plus complexe quand les apports seront de capitaux, de corps certains, et aussi d'une part d'industrie. Dans une société, l'un apporte de l'argent, l'autre une maison, le troisième de l'argent et son industrie. L'embarras viendra alors de ce que l'on ne pourra pas faire pour le corps certain, dont la jouissance seule aurait été mise en société, le raisonnement que nous faisions au n° 124 pour l'argent dont on voudrait que la jouissance seule eût été conférée; le corps certain périt en effet pour l'associé qui s'en est réservé la propriété.

Toutefois, les présomptions voulant que l'argent soit censé mis pour la propriété, il est raisonnable de penser que celui qui a apporté sa maison n'a pas entendu

---

(1) « Dicerem, dit Felicius, *interveniente mutuâ collatione,* fuisse » inductam communionem et societatem, etiam in pecunia » : c. 9, n° 54.

(2) T. 17, n° 408.

(3) *Suprà*, n° 122.

se mettre dans une position à part, et que s'il eût voulu n'apporter que la simple jouissance, il en aurait fait la déclaration expresse.

127. Toute société, avons-nous dit au n° 4, suppose une communion nécessaire (1), et ce sont les mises qui forment cette communauté, instrument inséparable de la société.

Mais à quel moment commence la communauté? Quand la société est-elle censée propriétaire de l'apport?

Nous discuterons ces questions sous l'article 1843 du C. civ. (2).

128. Les apports sociaux réunis composent ce qu'on appelle le capital social, lequel reste *en commun* (ainsi que le dit l'art. 1832) pendant la durée de la société. — Néanmoins, il arrive souvent que les associés conviennent, lors de la formation des sociétés civiles ou commerciales, que ce capital sera divisé par actions. Cette combinaison ingénieuse consiste à partager le fonds social en un certain nombre de fractions égales, qui, ajoutées ensemble, donnent le total de ce même fonds. Chaque associé est investi d'un nombre d'actions correspondant à son intérêt dans l'affaire, et chacune de ses actions représente une part dans le capital de la société (3). Tandis que la propriété des meubles et immeubles qui forment ce capital repose, pendant la durée de la société, entre les

(1) Felicius, c. 9, n° 42.

(2) *Infrà*, n° 521 et suiv.

(3) D'Aguesseau, *Mémoire sur le commerce des actions* (t. X, p. 176, art. 1, n° 6) : « Une action dans une compagnie de commerce est la même *chose qu'une part dans une société*, qui *donne le droit à partager*, à proportion des fonds qu'on y met, les profits certains ou incertains de la compagnie. »

Voet : *Actio seu pars* societatis; ad pandect *de hæred. vel actione venditâ*, n° XI; M. Merlin, *Quest. de droit*, v. *Action*, *Actionnaires*, § 1, p. 103; V. *infrà*, n° 971.

mains de l'être fictif qu'elle constitue, le droit des associés, réduit, en attendant, au partage des bénéfices annuels et à l'expectative du partage final, est formulé dans des titres individuels dont on les rend porteurs, et qui, susceptibles de négociation par vente ou autrement, représentent une valeur mobile et sont sujets à la hausse ou à la baisse qu'engendre la spéculation.

L'un des principaux avantages de cette création de titres négociables, c'est de permettre aux associés de céder leurs droits facilement et sans frais, et de mettre en circulation des valeurs qui autrement resteraient en dehors du mouvement industriel.

129. Mais d'où vient l'idée de diviser un capital social par actions? Quelle est l'époque à laquelle elle a fait son entrée dans le droit français? Est-elle d'origine étrangère ou française?—J'ai traité ces points dans la préface de cet ouvrage.

130. Non-seulement on peut diviser le capital social par actions, mais on peut diviser les actions elles-mêmes en coupons d'actions d'égale valeur (art. 34 C. comm.).

131. L'associé n'est mis en possession de son action qu'autant qu'il a versé le montant de sa mise. Mais il arrive très-souvent que, pour ménager les facultés des actionnaires, on divise en plusieurs termes le paiement de chaque action : par exemple, un premier quart est stipulé payable comptant au moment de la souscription; les trois autres quarts ne sont exigibles que plus tard, d'époques en époques diversement échelonnées.—Tant que l'action n'est pas entièrement libérée, on ne délivre aux actionnaires qu'un titre provisoire, connu sous le nom de *promesse d'action*. Quand la valeur entière est versée, on échange la promesse d'action contre l'action, qui est le titre définitif (1).

---

(1) *Infrà*, n° 156.

132. On distingue plusieurs sortes d'actions, dont les noms viennent de l'usage, et non de la science ou de la loi. Aussi ce vocabulaire n'a-t-il rien de classique, et tout le monde n'en a pas la clé.

Il y a les actions de *capital* et les actions *industrielles*;

Les actions *payantes* et les actions *non payantes*;

Les actions de *jouissance* ou *d'usufruit*;

Les actions de *fondation* ;

Les actions de *prime*.

133. Les actions de capital sont celles dont le montant a été versé en argent ou en valeurs mobilières ou immobilières; elles ont droit, sur le fonds social qu'elles représentent, à une part proportionnelle à leur valeur; elles ont un droit semblable sur les produits.

Les actions industrielles sont celles qui représentent le capital industriel, et dont la valeur a été fournie par l'apport de l'industrie des travailleurs (1).

Presque toujours deux stipulations accompagnent la création des actions industrielles.

La première, c'est que les actions, dont le capital consiste dans un travail nécessaire à la marche de la société, resteront déposées pendant toute la durée de la société, afin que l'entreprise ait une garantie contre le refus des actionnaires travailleurs de continuer leur concours.

La seconde, c'est que les actions industrielles ne donnent lieu qu'au partage des bénéfices, et que les porteurs ne viendront pas au partage du capital (2). Mais cette clause est purement précautionnelle. La seule création d'actions industrielles, distinctes des actions de capital, suffit pour prouver que l'on n'a pas voulu faire à l'industrie la même part qu'aux capitaux. Le nom de ces actions

---

(1) *Infrà*, nº 467, ce qui regarde la création d'actions industrielles dans les sociétés anonymes.

(2) *Suprà*, nº 124.

exprime énergiquement en quoi elles diffèrent, de droit, les unes des autres; il montre que, dans l'intention des parties, l'industrie a été suffisamment récompensée par le partage des bénéfices et qu'elle ne peut rien prétendre dans les capitaux (1).

134. Du reste, nous n'entendons pas dire que l'industrie n'ait jamais droit qu'à des actions inférieures aux actions de capital. Rien n'empêche de la récompenser par des actions de capital, quand son importance est telle qu'elle peut balancer la valeur des capitaux; et c'est ce qui arrivera presque toujours alors que la société ne reconnaîtra que des actions de capital toutes égales en droit (2). Nulle différence alors entre l'apport en capital et l'apport en industrie. Mais ce que nous voulons exprimer, c'est que quand le contrat fait deux classes d'actions, actions de capital et actions industrielles, il marque par-là une inégalité entre les apports; il met le capital industriel dans une condition différente du capital mobilier et immobilier; il sauve ce dernier du concours des associés travailleurs; il compose deux masses d'apports, qui restent séparées et différemment affectées.

135. Les actions payantes sont celles dont le montant a été payé en écus par les associés qui apportent leurs capitaux. Les actions non payantes sont celles qui sont données à un industriel pour prix de l'apport qu'il fait de son brevet, de sa découverte, de son invention, de son idée.

136. Par opposition aux actions de capital et aux actions industrielles qui représentent le fonds social, on appelle *actions de jouissance* celles qui ne représentent rien, mais qui sont destinées à remplacer les actions de

---

(1) M. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 41.
MM. Malpeyre et Jourdain, n° 329.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 329.

fonds, quand ces dernières seront éteintes par voie d'amortissement. Le but de leur création est de rembourser en capital et intérêts les actions primitives, et de mettre à leur place des actions donnant un droit égal, sans distinction d'origine, à la jouissance des produits de la société, et même, quand la société se liquide, à la propriété des valeurs actives.

Quelquefois aussi, par une autre combinaison, la valeur de l'apport se paie, portion en actions de capital, portion en actions de jouissance, qui n'ont de droit qu'après le remboursement de toutes les actions de capital.

Ces droits peuvent être égaux aux droits des autres actions lorsqu'ils sont à la fois sur les produits et la propriété des choses mises en société ; ils sont inégaux lorsqu'ils reposent seulement sur les produits, et non sur la propriété.

137. Les actions de *fondation* sont celles que l'on attribue aux fondateurs pour représenter leur apport.

138. Par actions de *prime* on entend celles dont les fondateurs font le sacrifice en faveur de ceux qui ont concouru à organiser la société ou promettent leur concours pour la faire réussir. Cette opération, étant étrangère à la société, n'influe en rien sur la nature des actions.

139. Les différences qui existent entre les actions de capital et les actions de jouissance, de fondation, d'industrie, ont conseillé de diviser la totalité des actions en deux séries : la première, qui comprend les actions de capital ; la seconde, qui comprend les autres. Chaque action porte le numéro de sa série, en sorte que toute confusion est impossible, et qu'un simple coup d'œil suffit pour empêcher les méprises fâcheuses dans lesquelles on pourrait faire tomber les tiers et la société elle-même, en substituant, l'une à l'autre, des actions dont les prérogatives sont inégales.

140. Voyons maintenant de plus près quelle est la vraie nature de l'action dans une société (1).

Nous avons dit plusieurs fois que, pendant la durée de la société, l'être moral est censé propriétaire, et que néanmoins il n'était pas possible de séparer absolument de la personne des associés une idée de copropriété (2). L'action est cette idée de copropriété organisée et mise en mouvement à côté de la propriété sociale. Elle concilie les avantages d'une division par tête, avec la nécessité d'un fonds commun inséparable de toute société.

J'ai prononcé le mot de *division*. Ce n'est pas une expression figurée; c'est l'expression propre et légale; c'est celle qu'emploient les art. 34 et 38 du Code de commerce; quoique au premier coup d'œil la société et la division semblent s'exclure, néanmoins, la réflexion fait bientôt comprendre leur marche parallèle et combinée. Le droit des actionnaires a sans doute pour première origine la copropriété des mises. Sans cette copropriété il n'existerait pas. Mais la transmission du capital social à l'être moral a transformé ce droit des actionnaires en une propriété distincte (3); tellement que l'action est toujours un meuble, quand bien même les choses mises en commun seraient des immeubles (4): résultat remarquable et digne de méditation! Il est donc certain que la qualité de l'action n'est pas impressionnée par la qualité des apports, et que la copropriété ne

(1) *Infrà*, n° 971.
(2) *Suprà*, n° 70.
(3) *Infrà*, n° 971.
(4) Art. 529 C. c.
M. Grenier, *Hypothèq.*, t. 1, n° 163.
M. Pardessus, t. 4, n° 991.
M. Championnière, t. 3, n° 2763.
M. Treilhard, *Exposé des motifs* (Fenet, t. XI, p. 37).

communique pas sa nature à l'action. Eh bien! de même que l'action est dans une classe de biens, tandis que les apports sont dans une autre; de même l'esprit conçoit que, par une nouvelle différence, les actions peuvent se lier à une opération qui tient du partage, quoique les apports restent unis et confondus sur la tête de la société. En un mot, un échange s'est opéré entre la société et les sociétaires. Pour prix du capital social qu'elle a reçu, la société a délivré des valeurs d'une nature différente de ce capital, quoique tirant de lui leur garantie et leur crédit.

Voilà un premier point qui me paraît certain. Il en est un autre qui n'est pas moins clair. On a dit quelquefois qu'une action ne constitue qu'une créance contre la société : ceci manque d'exactitude. L'actionnaire est plus qu'un simple créancier. Le droit d'un créancier ne varie pas suivant que le patrimoine du débiteur augmente ou diminue; il demeure invariablement tel que la convention l'a fixé; au contraire, le droit de l'actionnaire s'élève ou s'abaisse à mesure que le fonds social s'enrichit ou s'appauvrit (1). C'est que, bien que la copropriété de l'actionnaire soit momentanément interceptée par l'être moral, elle est cependant destinée à se révéler, lors du partage, dans sa réalité la plus énergique. Or, il est impossible de ne pas tenir compte de cette circonstance, quand on veut mettre le droit de l'actionnaire en regard d'autres droits avec lesquels il a de l'analogie La fiction ne doit pas étouffer entièrement la vérité (2).

Ainsi, la copropriété se retrouve en deux temps face à face de l'action : une première fois comme cause, une seconde fois comme fin. Comme cause, elle n'exerce

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 993;
M. Championnière, t. 4, n° 3684.

(2) *Suprà*, n° 70.



pas de réaction sur la qualité de l'action, puisque l'action est meuble quand même la copropriété d'où elle sort porterait sur des immeubles; comme fin, elle a une influence certaine sur l'action; car, sans elle, l'action ne serait qu'une simple créance, au lieu qu'elle est réellement une part dans la société, *pars societatis* (1).

Telles sont les idées qu'il faut allier les unes aux autres pour se faire une juste opinion de la théorie de l'action.

Au surplus, la fiction de la loi qui donne à l'action le caractère de meuble quand bien même la société serait propriétaire d'immeubles, cette fiction, dis-je, n'existe qu'à l'égard des associés et tant que dure la société. Car les immeubles appartenant à l'entreprise sont toujours immeubles à l'égard des créanciers de ces compagnies; ils reprennent même leur caractère à l'égard des associés, lorsque, la société étant dissoute, il s'agit d'en opérer le partage (2).

Enfin, il arrive quelquefois que la loi, dans l'intérêt d'une société privilégiée à cause des services qu'on attend d'elle, autorise l'immobilisation des actions. C'est ce qu'a fait un acte du gouvernement du 16 janvier 1806 pour les actions de la banque de France. Les actions ainsi immobilisées sont susceptibles de priviléges d'hypothèques et soumises aux mêmes conditions que les immeubles (3).

---

(1) Voet, *Actio seu pars societatis*, de hæred. vel act. vend., n° 11.

D'Aguesseau, *Mém. sur le commerce des actions*, art. 1, n° 6, t. X, p. 176.

M. Merlin, *Quest. de droit*, aux mots *Action*, *Actionnaire*.

(2) M. Treilhard, *Exposé des motifs* (Fenet, t. XI, p. 37), et art. 529 C. c.

(3) M. Malpeyre, n° 341; M. E. Persil, p. 135.

Mais revenons aux actions meubles par détermination de la loi.

141. La régie de l'enregistrement, se fondant sur ce que les actions ne sont meubles qu'à l'égard des associés, a prétendu que la fiction devait cesser à l'égard des tiers, acheteurs d'actions, et que la cession d'actions, dans les sociétés propriétaires d'immeubles, est passible du droit de vente immobilière. Mais la Cour de cassation, aussi attentive à maintenir les droits de la régie qu'à réprimer, par des arrêts sévères, les écarts de son zèle fiscal, a proscrit cette prétention exagérée, par plusieurs arrêts, et notamment par un arrêt du 14 avril 1824, relatif à la vente d'une action sur le canal de Briare, à l'occasion de laquelle la régie avait indûment perçu le droit de vente immobilière (1).

142. Une autre prétention a été élevée par la régie; c'est que le caractère donné à l'action par la détermination de la loi n'a pas lieu lorsque l'immeuble mis en société compose à lui seul l'actif social (2); le prétexte mis en avant, c'est qu'alors l'immeuble est moins une dépendance de la société (ainsi que le veut l'art. 529) que la propriété même, gérée dans un intérêt commun par une administration, et que, dès lors, ce serait forcer le sens de l'art. 529 que de lui faire mobiliser momentanément un immeuble dont le caractère se dessine si nettement dans sa réalité et en dehors de toute fiction.

Ce système ne me paraît pas admissible (3). Ce que l'art. 537 appelle immeubles dépendant d'une société,

---

(1) M. Champ., t. 4, n° 3683, donne ces arrêts. Je renvoie au livre de cet auteur pour ce qui concerne le droit fiscal et l'exposé des prétentions élevées par la régie. Son ouvrage présente à cet égard beaucoup d'intérêt et d'utilité. T. 4, n° 3682 et suiv.

(2) Il s'agissait d'un moulin mis en société pour la mouture des céréales.

(3) M. Championnière l'a victorieusement réfuté, t. 4, n° 3687.

c'est précisément ceux qui entrent dans le fonds social. Peu importe que l'immeuble soit l'unique capital mis en société ; il n'est pas vrai qu'il compose à lui seul le capital social ; il faut toujours l'adjonction d'une industrie qui exploite l'immeuble et en tire les bénéfices auxquels les actionnaires ont droit ; et cette industrie est un autre capital qui, réuni à l'apport immobilier, forme la masse du capital social et donne à la société les instrumens de son activité.

143. La division du capital par actions, et la détermination de la loi qui les fait meubles pendant la durée de la société, ne sont pas particulières aux sociétés de commerce. Je sais qu'un préjugé courant s'imagine que l'industrie civile ne peut mobiliser par des actions les immeubles qu'elle met en société (1) ; mais le plus léger examen suffit pour faire justice de cette erreur. L'art. 529 du Code civil se sert d'expressions très-larges, qui embrassent toutes les opérations quelconques de l'industrie, toutes les spéculations suggérées par les intérêts civils ou commerciaux. Ces mots, *compagnies de commerce ou d'industrie*, ont cette portée ; car l'industrie n'est pas nécessairement commerciale ; il y a aussi des industries civiles. L'exploitation des mines, par exemple, est de ce genre (2), et les actions dans les sociétés de mines ont le caractère mobilier dessiné par l'art. 529 du Code civil (3).

Je le répète donc, la division du capital social par actions, inhérente aux sociétés anonymes (4), facultative dans les sociétés en commandite (5), se trouve aussi

(1) V. p. ex. le résumé d'une plaidoirie dans Sirey, 41. 2. 482.
(2) Art. 32 de la loi du 21 avril 1810.
(3) Art. 8 de cette loi.
(4) Art. 34 C. de com.
(5) Art. 38 C. de c.

dans les sociétés civiles, et j'en ai vu plusieurs exemples. Je me borne à citer les suivans :

Le 3 novembre 1818, plusieurs individus de l'arrondissement de Montauban se réunirent pour faire l'acquisition du moulin de Bellerive alors en état de chomage et d'abandon. Avant cette acquisition, les parties avaient constitué entre elles une société pour la propriété et la jouissance de cette usine, et il fut stipulé que le capital social serait divisé en vingt-quatre actions qui seraient réparties entre les acquéreurs en raison de leur intérêt, et qui représenteraient tous les droits des parties tant à la propriété qu'à la jouissance du moulin à acquérir. Ces actions furent déclarées cessibles sans autre condition que celle de la préférence en faveur de la société.

Ce contrat de société est passé sous mes yeux dans une affaire dont j'étais rapporteur à la Cour de cassation et dont j'aurai occasion de parler ailleurs sous un autre point de vue (1). Du reste, on ne contestait pas à cette société le caractère de société civile.

Il existe aussi dans la ville de Toulouse une société par actions pour l'exploitation du moulin du Basacle (2). Elle remonte à des temps très-reculés (3).

J'ai même vu une propriété d'agrément achetée par actions par un certain nombre d'habitans d'une ville, pour y jouir du plaisir de la promenade (4).

Enfin, je le répète, les sociétés pour l'exploitation des mines (qui sont, de droit, des sociétés civiles) (5) divisent souvent leur capital par actions.

---

(1) *Infrà*, n° 971.

(2) M. Championnière, t. 4, 20, 3687.

(3) *Id.*, V. préface.

(4) *Suprà*, n° 13.

(5) Art. 32 de la loi du 20 avril 1810, *infrà*.

On a cependant soutenu que cette division devait changer le caractère de la société et lui imprimer le cachet d'une opération commerciale. Un tel système n'est pas proposable. Une société est commerciale ou civile par son but, et non par mécanisme (1).

144. La forme des actions n'a rien de sacramentel. Elles sont ordinairement extraites d'un registre à souche créé à cet effet. Elles portent, tant sur la souche que sur le titre à délivrer, la signature sociale et celle du commissaire établi près la société lorsqu'il y en a un. Elles sont timbrées du timbre de la société et portent au dos un extrait des statuts. Mais ces formalités précautionnelles ne sont pas de rigueur.

Tantôt les actions sont nominatives, tantôt elles sont au porteur (2). Dans une même société, il peut y avoir des actions de ces deux espèces. On délivre aux actionnaires, à leur choix, les unes ou les autres de ces actions. Néanmoins, on exige en général que partie des actions du gérant soit inscrite à son nom, et qu'il les garde inaliénables par devers lui pour garantie de sa gestion. Quant aux autres associés, les statuts portent habituellement que les actions nominatives peuvent être converties en actions au porteur, et réciproquement.

145. Les actions au porteur se peuvent transmettre par la simple tradition du titre (3); les actions nominatives par la voie de transferts qui sont constatés par déclarations inscrites sur un registre spécial et signées du gérant et des parties intéressées (4).

---

(1) *Junge* M. Duvergier, n° 485 ; *infrà*, n° 327.

(2) Le Code de com. russe prohibe les actions au porteur, art. 22; de même Wurtemberg, art. 236, et Hongrois, art. 56. (Collect. de M. Saint-Joseph, p. 12 et 13.)

(3) Art. 35 C. de com.

(4) Art. 36 C. de c.

Presque tous les statuts exigent la même formalité pour les mutations arrivées par décès.

On délivre au nouvel actionnaire un nouveau titre en remplacement de l'ancien qui demeure annulé.

Il y a des sociétés qui exigent qu'il soit perçu pour leur compte un droit fixe pour chaque action transférée, ou se trouvant l'objet d'une mutation par décès.

146. Quelquefois on crée des actions auxquelles on donne la forme d'un papier négociable par voie d'endossement (1) sans garantie.

147. Je dois parler ici d'une question qui a beaucoup préoccupé les esprits il y a quelques années, et sur laquelle toutes les opinions ne paraissent pas encore bien fixées.

Elle consiste à savoir si l'on peut stipuler que les actions d'une société en commandite seront au porteur. Le doute ne s'élève pas à l'égard des sociétés anonymes ; l'art. 34 du Code de commerce ne le permet pas. Mais l'on a vivement soutenu que, dans les sociétés en commandite, les plus grands dangers accompagnent la création des actions au porteur ; que l'art. 38 du Code de commerce n'autorise que la division du capital social en actions nominatives, et nullement la division de ce capital en actions au porteur. Dans la dernière année de la Restauration, cette question fut soulevée avec chaleur contre la société des messageries du commerce, connue sous la raison *Armand, Le Comte et compagnie*, qui avait émis la plus grande partie de son capital en actions au porteur. MM. Persil père et Dupin aîné, alors avocats, donnèrent contre ce système de division du capital une

(1) M. Champ., t. 4, n° 3685, rapporte plusieurs arrêts de cassation dans l'espèce desquels cette forme avait été employée. Beaucoup d'autres sont passés sous nos yeux. Par exemple, acte de société pour la savonnerie à vapeur du pont de Flandre, art. 10.

savante et énergique consultation dont je ferai ressortir tout à l'heure les cotés défectueux (1). M. Horson et M. Persil plaidèrent devant le tribunal de commerce la même thèse. Si elle échoua, ce ne fut pas par la faute de ses habiles défenseurs; mais elle avait contre elle le texte de l'art. 38, l'usage (2), cet excellent interprète des lois, et l'esprit du droit nouveau. Aucune parole, si grave, si éloquente qu'elle fût, ne pouvait la sauver d'une défaite. Elle fut condamnée, en effet, par le tribunal de commerce de la Seine et par arrêt de la Cour royale du 7 février 1832 (3). MM. Dupin jeune, Odilon Barrot et Deveaux (du Cher) émirent en ce sens des consultations fort habiles (4). Je ne sais comment M. Persil fils a su que j'étais l'auteur de quelques observations émises dans le même sens. Je n'avais signé ces observations que de mes initiales et je ne les destinais pas à l'impression; elles furent publiées par la personne à laquelle je les avais adressées dans le but de lui suggérer quelques idées utiles. M. Persil fils a peut-être raison de dire que la forme en est un peu rude. Un des avocats consultans m'en avait donné l'exemple.

148. Plus tard l'agiotage s'est emparé des sociétés en commandite pour surprendre la bonne foi des capitalistes. Des hommes prudens ont alors interrogé avec une sorte d'inquiétude la constitution de ces sociétés; ils

---

(1) On la trouve dans l'ouvrage de M. Persil fils, p. 149.

(2) M. Horson en convenait. (M. E. Persil, p. 172.)

(3) M. E. Persil, *loc. cit.* S. 32. 2. 257. D. 32. 2. 107.

Junge MM. Malpeyre et Jourdain, n° 235.

M. Mollot, Des bourses de commerce, p. 200. M. Fremery, p. 59.

Dalloz, *Société*, p. 135. Autre arrêt de Paris du 14 février 1832. D. 32. 2. 123.

(4) Celle de M. Deveaux est dans l'ouvrage de M. Persil fils.

en ont critiqué les bases et le mécanisme; et les actions au porteur leur ont semblé, sinon un écart de la jurisprudence qu'ils n'ont pas osé accuser, du moins une erreur de la loi; ils sont même allés jusqu'à demander la prohibition des actions nominatives (1)!!

149. Que reste-t-il aujourd'hui de tout ce bruit? Rien que le souvenir de terreurs dont on est, je crois, assez embarrassé. La loi n'a pas été changée; le Code de commerce est resté ce que l'a fait la sagesse de ses rédacteurs. Tout est rentré dans l'ordre, et la raison publique, éclairée par l'expérience, a suffi pour guérir le mal. Gardons nos codes tels qu'ils sont. Ils valent mieux que les améliorations fatales que leur préparent tantôt les prétendus amis du progrès, tantôt de craintifs adversaires de tout élément nouveau (2).

150. Mais abordons plus particulièrement notre question.

L'expérience prouve qu'à mesure que de plus vastes débouchés se sont ouverts au commerce, le système des sociétés commerciales a toujours été en s'agrandissant. Le besoin d'agir sur une plus grande échelle a stimulé l'esprit d'association; les capitaux épars sont venus se fortifier en s'unissant, et de nouvelles et ingénieuses combinaisons ont présidé à la formation de ces compagnies qui ont donné et donnent encore à notre industrie une si vive impulsion.

Parmi ces heureuses combinaisons il faut placer la création d'actions nominatives ou au porteur, dans les sociétés en commandite; création qui offre le moyen d'augmenter la masse des valeurs en circulation, et de faire sortir de leur inaction des fonds qui dorment oisifs entre

---

(1) M. Vincens, *des Sociétés par actions*, p. 89.
(2) *Infrà*, n° 172.

les mains de leurs propriétaires. — Ce procédé n'est pas nouveau. A l'époque où on discutait au conseil d'État les règles de la société en commandite, M. Louis disait : « Quant aux sociétés en commandite, elles se forment » ordinairement par actions (1). » Il y en a, en effet, des milliers d'exemples (2); la Compagnie d'Occident, créée par l'édit du mois d'août 1717, était une commandite avec des actions au porteur (3).

On voudrait cependant que le Code de commerce, pressé dans son texte et dans son esprit, condamnât les actions au porteur qu'il autorise dans la société anonyme. Son texte!! où est-il? Qui connaît une disposition prohibitive dans les articles qui organisent la commandite? Son esprit!! Mais à qui persuadera-t-on que cet esprit veuille comprimer un système que l'industrie a depuis si long-temps adopté comme éminemment favorable au mouvement des affaires? Ignore-t-on que c'est surtout le commerce qui a besoin d'être libre dans ses allures, et que le Code de commerce se conforme à ses besoins, en se prêtant à la variété des combinaisons les plus imprévues, lorsque l'ordre public n'est pas troublé?

151. Voici cependant ce qu'on a imaginé de dire pour faire repousser les actions au porteur.

Dans la commandite, les personnes s'associent en considération les unes des autres. L'art. 23 du Cod. de comm. en offre la preuve textuelle. Or, créer des actions au porteur, c'est permettre que les associés s'ignorent perpétuellement. De plus, les tiers ne sauront à qui s'adresser pour exercer le recours que la loi leur assure. Enfin, les associés commanditaires pourront toujours, sans responsabilité, s'immiscer dans l'administration,

---

(1) Locré, t. 17, p. 187.
(2) *Infrà*, n° 402.
(2) Art. 33.

malgré les plus sévères prohibitions du législateur et au risque de porter une funeste subversion dans l'organisation de la commandite.

Examinons ces trois raisons :

152. La première n'a pas même le mérite d'être spécieuse.

D'abord, il n'est pas de l'essence d'une société, même civile, que les sociétaires s'unissent en considération de leurs personnes respectives. Il est vrai cependant que le plus souvent une personne ne se lie à une autre par un contrat de société qu'en raison de ses qualités personnelles, de sa fortune, de son industrie, de sa loyauté, de son intelligence en affaires. Mais il peut arriver aussi que la société porte plus sur les capitaux que sur les personnes. Tout dépend donc des circonstances. Ce sont les conventions des parties qu'il faut consulter, et il serait trop despotique de faire fléchir toutes les sociétés sous ce prétendu principe, que dans ces sortes de rapports (les sociétés anonymes exceptées) les sociétaires doivent toujours obéir à des motifs personnels et agir *respectu personæ*. N'oublions pas l'art. 1868 du Code de commerce, qui autorise la stipulation dont le but est de faire continuer la société avec l'héritier de l'un des associés décédés. N'oublions pas non plus les conséquences de l'art. 38 du Code de commerce combiné avec l'art. 36. Quoi donc! le capital d'une société en commandite pourra être divisé en actions nominatives! Moi, commanditaire, je pourrai céder cette action à qui bon me semblera; je pourrai par conséquent introduire dans la société la personne la plus inconnue des autres associés, et l'on soutiendrait qu'il est de l'essence d'une société en commandite que tous les sociétaires se connaissent, s'agréent, s'engagent en considération les uns des autres!!

Sans doute, les qualités personnelles du gérant sont

déterminantes pour l'association des commanditaires. En ce qui le concerne, on ne fait rien que *respectu personæ*. C'est ce que veut dire l'art. 23 du Cod. de comm. Mais, en ce qui touche aux commanditaires, il en est autrement. Dans l'espèce de la consultation que je combats, il s'agissait d'organiser une association qui embrassât la France entière, et de créer des services de messageries auxquels pussent s'intéresser les capitalistes grands et petits des provinces les plus éloignées. C'était une entreprise populaire que l'on formait; et certes, dans cet appel aux masses, il eût été absurde d'introduire la règle de la considération des personnes. A part les gérans, cette considération n'est rien. La société est destinée à être perpétuellement recrutée de membres nouveaux, étrangers les uns aux autres, espèce de population mobile, toujours se rajeunissant et s'étendant pour opérer un vaste réseau d'actionnaires. Qu'importe dès lors que les nouveaux venus arrivent avec des actions nominatives ou avec des actions au porteur ?

153. On veut cependant trouver une différence capitale entre ces deux manières d'arriver. Quand les actions sont au porteur, dit-on, la transmission ne laisse aucune trace. Mais si elles sont nominatives, un nom en remplace un autre, et l'on sait à qui s'adresser, soit pour l'accomplissement des conditions sociales, soit pour la responsabilité que la loi attache à la qualité de commanditaire.

154. Cette objection, examinée au point de vue de la composition de la société entre associés, n'ajoute aucune valeur aux précédens raisonnemens. Que veut-on prouver? Que dans les sociétés (autres que les sociétés anonymes) les personnes jouent le principal rôle. Donc, on doit établir qu'il n'est pas permis, après coup, de substituer une personne à une autre. Or, on est forcé d'avouer qu'au moyen d'actions nominatives on peut met-

tre dans une société en commandite des noms imprévus à la place des titulaires, et cela, malgré les contractans primitifs. On a donc posé un faux principe, et les personnes ne jouent pas le principal rôle.

155. Voyons cependant s'il est vrai que la création des actions au porteur soit un moyen de soustraire les commanditaires à l'accomplissement des obligations sociales. Trois aspects se présentent ici : 1° les rapports de commanditaires à commanditaires; 2° les rapports des commanditaires avec les gérans; 3° les rapports des commanditaires avec les tiers.

156. Dans un système d'actions au porteur combiné régulièrement et conformément à l'usage constant, on ne délivre de titre d'action qu'au commanditaire qui a payé sa mise intégrale (1). Or, on sait que l'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence du capital qu'il a versé dans la société (2). Pour le surplus, il est quitte de toute contribution aux charges sociales. Qu'importe donc que celui qui s'est libéré transmette son action à des porteurs inconnus? Qu'ont à lui demander ses co-associés ou les gérans? Qu'a-t-il à faire de plus que ce qu'il a fait? Son obligation étant épuisée, quel inconvénient pourrait s'opposer à ce qu'un anonyme prenne la place qu'il occupait?

157. Quant aux tiers qui ont contracté avec la société, ils n'ont pas plus d'intérêt que les associés à contrarier la substitution. L'associé a libéré son action; il est quitte. La part de garantie qu'il a offerte au public a réalisé tout ce qu'il est permis d'exiger de lui.

Notez bien que, dans la commandite, il n'en est pas comme dans la société collective, où chaque associé est solidairement obligé. Ici tout associé doit être néces-

(1) *Suprà*, n° 131.
(2) *Infrà*, n°s 173, 174.

sairement connu ; il doit rester sous le coup des tiers, auxquels il a engagé sa personne par la puissance d'une obligation solidaire. Si le législateur avait permis la faculté de vendre la part d'un associé dans une société collective, la mobilité continuelle, qu'entraîne le commerce des actions, aurait anéanti la responsabilité indéfinie et solidaire envers les tiers (1).

Mais si nous entrons dans la commandite, un système tout différent se présente à nos regards. Les noms des commanditaires peuvent rester célés aux tiers (2). Leurs capitaux sont seuls offerts à la confiance publique et signalés comme garantie. La personne des actionnaires ne détermine pas la foi des créanciers. Les actionnaires sont affranchis de la responsabilité indéfinie ; c'est sur les gérans qu'elle se concentre.

158. Et en cela la commandite a réalisé une pensée heureuse, que plus tard nous ferons mieux ressortir. A part les gérans, elle se compose de pères de famille étrangers au commerce, et qui ne veulent pas intervenir comme parties actives dans des opérations étrangères à leurs goûts, à leurs habitudes, à leur état (3). Ce que demande l'industrie, c'est leurs capitaux ; et lorsqu'ils sont versés, ils sont quittes de toute obligation. Quant à leurs noms, ils n'entrent pas dans la spéculation ; la loi les laisse s'abriter dans l'obscurité que commandent les convenances (4). La création d'actions au porteur concourt donc, sympathise donc avec cette tolérance de la loi ; elle entre dans son esprit, loin de se mettre en hostilité avec elle.

159. Revenons maintenant sur nos pas.

---

(1) *Infrà*, n° 359. M. Pardessus, t. 4, n°s 1011, 1022.

(2) Art. 63. C. de c. *Infrà*, 404.

(3) *Infrà*, n°s 376 et suiv.

(4) Savary, p. 65. Rogues, t. 2, p. 236, 237. *Infrà*, n° 404.

J'ai raisonné dans l'hypothèse où les actions auraient été libérées ; mais il arrive souvent que le paiement des actions est divisé en plusieurs termes; et dans ce cas, tant que le montant intégral de l'action n'est pas libéré, on ne délivre que des promesses d'actions aux souscripteurs (1). Ces promesses d'actions sont sans doute cessibles de la main à la main ; mais la cession ne fait pas disparaître l'obligation du souscripteur primitif qui s'est engagé à prendre tant d'actions, et à en payer la valeur entière : son nom est connu, il est retenu dans les livres de la société, il est apposé au bas d'un écrit qui le lie (2). Que veut-on de plus ? Qu'y a-t-il qui fasse ombrage dans des transmissions ultérieures qui ne portent aucune atteinte aux engagemens originaires ? Les associés, les gérans, les tiers, tout le monde reste dans les termes du contrat initial.

160. Mais, dit la consultation, la création d'actions au porteur est une dérogation à la règle des sociétés en commandite, qui veut que les commanditaires ne gèrent pas : c'est le troisième point.

Si l'on se bornait à dire que la preuve de l'immixtion des commanditaires est plus difficile avec le régime des actions au porteur qu'avec le régime des actions nominatives, ce langage serait plausible; mais soutenir que l'immixtion résultera nécessairement de ce régime, c'est ce qui ne prouve rien à force de vouloir trop prouver.

161. Dans l'espèce de la consultation, un article des statuts portait que des actionnaires pourraient occuper des emplois à la nomination des gérans. Les avocats consultans se faisaient un grand argument de cette circonstance pour soutenir qu'il y avait une confusion fâcheuse

---

(1) *Suprà*, n° 131. *Infrà*, n°s 176, 177.
(2) *Infrà*, n° 177.

de la gérance et de la commandite, deux élémens qui, dans l'état normal, doivent rester séparés l'un de l'autre.

Oui, les statuts supposaient que des employés de l'administration seraient porteurs d'actions; mais ils ne disaient pas que ces employés ne seraient tenus des dettes que comme les autres commanditaires; ils ne disaient pas que l'article 28 du Code de commerce ne leur était pas applicable.

162. Et ce qu'il y a de singulier, c'est que c'étaient des associés qui se plaignaient de cette faveur accordée à des co-associés dans l'intérêt de l'affaire; commanditaires aveugles qui ne voyaient pas que, dans cet élan de l'intérêt social, excité par l'intérêt privé, l'administration ne pouvait que gagner par une surveillance plus active et plus zélée. Et d'ailleurs, est-ce donc dans l'intérêt des associés qu'a été édictée la peine de la solidarité prononcée pour le fait d'immixtion (1)?

163. Je conçois que dans l'intérêt des tiers on puisse faire un argument spécieux; je conçois qu'on puisse dire qu'à la faveur d'une action au porteur, qui ne laisse pas de traces, un commanditaire pourra cumuler la qualité d'associé simple bailleur de fonds avec celle d'administrateur, et que les tiers auront de la peine à déjouer ce subterfuge.

Mais je réponds :

D'abord, ce qu'il faudrait prouver pour arriver à une conclusion destructive du régime des actions au porteur, c'est que ce cumul échappe *nécessairement* aux recherches des tiers : mais il est impossible de soutenir une proposition si exagérée. On a pour soi tous les moyens de justification autorisés par la loi, les livres, la correspondance, la notoriété publique, les aveux, le ser-

---

(1) *Infrà*, nº 440, je prouverai la négative contre un arrêt de la Cour royale de Paris.

ment, la participation aux bénéfices, la réception des intérêts, etc., etc. — En Angleterre, la plupart des sociétés, même les plus importantes, sont verbales : rarement elles laissent des traces écrites. Dans ces sociétés, on s'adjoint ordinairement des associés secrets qui portent le nom d'associés *dormans* (1), et qui ne veulent pas que le public sache qu'ils ont un intérêt dans une maison de commerce : tant que les affaires prospèrent, ils dorment, en effet, à l'ombre de l'*incognito*. Mais si des malheurs frappent la société, comme ils sont tenus solidairement, les tiers intéressés savent bien les réveiller de leur sommeil, et quoique les preuves écrites manquent le plus souvent, on arrive presque toujours à les déceler. C'est ainsi que marchent en Angleterre, dans ce pays de l'industrie et du commerce, les associations les plus compliquées, et l'on ne s'est jamais plaint d'une législation si confiante et si dégagée de formalités. Eh bien ! que les tiers usent en France des mêmes moyens ; qu'ils suppléent aux preuves qu'ils n'ont pas, par la preuve testimoniale, par les correspondances, par les livres de souscriptions, par les comptes de participation et d'intérêts, par les interrogatoires sur faits et articles, etc., etc. Toutes ces voies leur sont ouvertes ; l'acte social ne leur défend pas d'y recourir (2).

164. Cependant soyons francs : convenons que la route des tiers n'est pas aussi commode que si les transmissions d'actions laissaient des traces sur les registres de la société. Mais à qui la faute, et qui a-t-on trompé ? Les tiers ont su qu'il s'agissait ici non d'une *impossibilité*, mais d'une *difficulté*. Or, s'ils acceptent cette difficulté, s'ils s'y soumettent en connaissance de cause, ont-ils le droit de se plaindre de ne pas se

---

(1) M. Merlin, Répert., V. *Société*.
(2) *Infrà*, n° 437.

trouver un peu plus à leur aise? Eux qui ont contracté sans répugnance, se confiant en eux-mêmes pour percer le voile de l'anonime, se croyant assez forts de leur vigilance et des moyens que le droit commun met à leur disposition, peuvent-ils parler de surprise et d'abus? Quelles sont les garanties dont on les prive? La responsabilité des gérans est-elle diminuée? Le capital social reçoit-il une brèche? Non! Tout reste à sa place et dans son intégrité; seulement, il n'est pas aussi facile de découvrir si tel individu qui a fait des actes d'administration était en même temps commanditaire. Mais, après tout, où est le grand dommage, puisque sa qualité d'associé n'a pas influé sur la confiance publique et qu'il n'a rien promis comme associé?

165. Maintenant il faut aborder l'article 38 du Code de commerce et en serrer les termes de plus près.

« Le capital des sociétés en commandite pourra être » AUSSI divisé en actions, sans aucune AUTRE dérogation » aux règles établies pour ce genre de sociétés. »

Cet article fait suite aux dispositions qui ont organisé la société anonyme; il se lie aux articles 34 et 35 qui ont divisé le capital social de la société anonyme en actions nominatives ou au porteur. Par lui-même, cet enchaînement est très-remarquable; mais le mot *aussi* de l'article 38 vient y ajouter un plus haut degré de force; il démontre que le législateur a entendu établir une parfaite conformité entre la société anonyme et la société en commandite, sous le point de vue de la division du capital social; il démontre qu'il n'y a pas plus de différence à établir dans la société en commandite que dans la société anonyme entre les actions nominatives et les actions au porteur.

Ainsi, loin que le texte se prête à la distinction de la consultation, il la repousse de la manière la plus énergique.

166. A la vérité, la création des actions au porteur peut affaiblir, sans la détruire, la prohibition de l'immixtion; et, sous ce rapport, il y a peut-être une tolérance du législateur plus grande que ne permettait de l'espérer l'article 28 du Code de commerce, si sévère contre l'associé commanditaire qui franchit les bornes de la commandite. Mais si c'est là une dérogation à l'article 28, il faut l'accepter, car l'article 38 l'autorise expressément. Je dis expressément, et je ne retranche rien de cette affirmation. En effet, quand la partie finale de l'article 38 nous dit qu'il n'autorise aucune *autre* dérogation aux règles des sociétés en commandite, il déclare bien hautement par-là qu'il en a admis au moins une. Or, quelle est-elle, cette dérogation sanctionnée par la loi? Est-ce la division du capital social en actions nominatives? Non; cette division n'entraîne pas la moindre diminution, la moindre altération des règles de la commandite. L'article 38 parle donc de quelque chose de plus que des actions nominatives; il comprend donc les actions au porteur, qu'il faut aller chercher pour trouver une dérogation (dérogation bien légère cependant) aux règles de la commandite. Ainsi voilà l'économie de l'article 38 rendue palpable. Jamais on ne pourra ramener la commandite aux règles de la société anonyme, soit par la suppression des gérans responsables, soit par la confusion expresse de la commandite et de l'administration, soit en dégageant nommément de la responsabilité solidaire l'associé à qui l'on prouve qu'il s'est immiscé. Mais le législateur permet les actions au porteur, malgré quelques inconvéniens indirects qui peuvent en résulter, parce que ces inconvéniens n'ont rien de grave, qu'ils n'aboutissent pas à un piége tendu à la foi publique, qu'ils laissent subsister l'entière garantie du capital promis et des gérans responsables, et que d'un autre côté les actions au porteur compensent ces incon-

véniens, qu'on leur reproche, par le grand avantage d'être d'une facile et prompte transmission, et d'augmenter la rapidité de la circulation des valeurs.

167. Qu'on ne vienne pas dire, du reste, que la création d'actions au porteur tend à cacher une société anonyme sous les apparences d'une société en commandite, et à dispenser de l'autorisation du gouvernement (1); qu'on cesse de s'autoriser des prédictions deCambacérès, qui disait : « On formera une société prétendue en com-» mandite; une *seule* personne paraîtra; cependant on » divisera l'intérêt entre les personnes qui se présente-» ront, et auxquelles on donnera facilement le nom de » commanditaires. Ainsi la société sera vraiment ano-» nyme, et cependant elle pourra exister sans l'autori-» sation du gouvernement. » Ce n'est pas la première fois que Cambacérès a porté des vues confuses dans la discussion de nos lois civiles et commerciales; et certes il n'est pas possible de laisser percer des craintes plus vaines que ne le fait ici l'archichancelier. Quoi! il y a un gérant responsable sur tout son patrimoine indéfiniment; il y a une personne (qu'importe qu'elle soit seule!) qui engage tout son crédit d'une manière sérieuse, et dont les tiers suivent la foi; et l'on parle de trouver là-dessous une société anonyme, parce que le capital est divisé en actions! Mais où donc en sommes-nous en fait de principes? Faut-il donc les rappeler?

168. Une société anonyme diffère d'une société en commandite en ce que, dans la première, *tout le* personnel est caché aux yeux du public, tandis que dans la seconde une portion seulement de ce personnel est destinée à échapper aux regards. Dans la société anonyme, on ne connaît que l'objet de l'entreprise, mais

---

(1) M. Vincens, des *Sociétés par actions*, p. 21.

jamais ceux sur la tête desquels elle repose. Au contraire, dans la commandite, on doit connaître à la fois l'objet de l'entreprise et le gérant ou les gérans responsables, aux soins desquels elle est confiée ; une responsabilité personnelle est là pour s'offrir aux regards du public, captiver sa confiance et traiter avec lui ; on ne laisse dans l'ombre que les actionnaires inactifs.

Il suit de là que la société en commandite offre des garanties personnelles que ne présente jamais la société anonyme(1). Voilà le point capital de différence ; voilà pourquoi il a fallu faire intervenir l'autorité publique pour suppléer, par sa surveillance, à l'impossibilité où se trouvent les tiers de savoir à qui ils ont affaire dans une société anonyme. Dans cette société, la garantie des tiers ne repose sur la solvabilité d'aucun associé ; la sécurité publique n'a d'appui que dans un ensemble de forces difficile à constater dans ses élémens, et par conséquent de nature à appeler les vérifications préalables de l'autorité. Mais, dans la commandite, le gouvernement ne pourrait intervenir sans gêner inutilement des opérations qui doivent marcher avec liberté. Les tiers ont devant eux des associés tenus indéfiniment des dettes sociales ; ils suivent leur foi ; ils se déterminent par confiance dans leur crédit, dans leur habileté, leur solvabilité. La loi n'exige donc pas que les sociétés en commandite soient approuvées par ordonnance. Peu importe qu'il y ait des associés anonymes ; le législateur l'approuve sans s'en effrayer, parce qu'à côté des actionnaires cachés il y en a qui se montrent au grand jour et prennent sur eux la responsabilité de l'affaire. Ce que ne veut pas le législateur, c'est qu'il y ait anonyme pour tout le monde ; car le mystère universel a quelque chose qui le laisse dans la per-

---

(1) *Infrà*, nos 444 et suiv.

plexité. Mais si l'anonyme n'est que partiel, et si le législateur aperçoit devant ceux qui se cachent une personne ou des gérans responsables, le voilà rassuré, il livre les tiers à leur propre prudence.

169. Ces différences dans le personnel administratif et responsable sont considérables. Mais quant aux actionnaires anonymes, elles ne servent qu'à faire ressortir la parité qui existe entre la société en commandite et la société anonyme. Le secret étant une fois admis à l'égard de certaines personnes, les effets doivent en être les mêmes dans l'une et l'autre société; et puisque les actions au porteur entrent dans le système financier des compagnies anonymes, elles ont aussi le droit d'entrer dans les compagnies en commandite. Peu importe que l'autorité intervienne là, et non pas ici; l'ordonnance d'autorisation n'a eu en vue que le besoin de trouver dans les capitaux une garantie qui manque dans les personnes. Or, la responsabilité personnelle des gérans remplace dans la commandite les garanties de l'ordonnance; c'est à eux que les tiers s'adressent; ils pèsent leur moralité et leurs forces pécuniaires personnelles, jointes aux ressources de la société, donc il est de la dernière évidence que l'exemple de la société anonyme, loin d'être une objection contre les actions au porteur dans la commandite, conduit nécessairement à les admettre.

170. Je n'ignore pas, du reste, que beaucoup de préjugés existent encore contre cette combinaison. Un projet de code, présenté le 10 octobre 1825 par le roi des Pays Bas aux états généraux, proposait de supprimer les actions au porteur dans la commandite; et cette pensée s'est présentée à beaucoup de bons esprits, lorsque, il y a quelques années, le gouvernement, inquiet d'un agiotage effréné, appela l'attention des jurisconsultes et des économistes sur les sociétés commerciales. Je dé-

clare que je ne partage pas ces opinions; je repousse tout changement dans la législation, parce que celle que nous possédons est libérale, généreuse et suffisamment prudente; je repousse surtout des restrictions qui portent atteinte à la liberté des conventions, sans profit pour l'ordre public. Les déceptions odieuses, qui ont révolté la conscience des hommes honnêtes, ne viennent pas de ce que quelques actionnaires auront trouvé moyen de se glisser mystérieusement dans certains actes insignifians d'administration. Cette participation très-secondaire aux actes sociaux n'est pas la cause du mal : et cependant, en droit, c'est le seul argument un peu sérieux qu'on puisse susciter contre les actions au porteur; il n'y en a pas d'autre qu'on puisse colorer d'un vernis de légalité. Mais la source réelle de toutes ces escroqueries est dans les prospectus mensongers, dans les évaluations exagérées du fonds social, dans ces millions acceptés de confiance par de crédules capitalistes, qui viennent se prendre au piége comme des enfans; dans ces statuts arrangés de manière à paralyser l'influence des actionnaires payans au profit de quelque spéculateur despote, intrigant et audacieux; dans l'imprudence des tiers qui traitent en étourdis, et viennent ensuite s'en prendre à la loi de leur propre impéritie. Eh! que font à ce jeu de dupes les actions au porteur? Est-ce que le charlatanisme sera moins hardi avec des actions nominatives? Est-ce que les tromperies n'ont pas eu lieu avec la même audace au préjudice d'actionnaires en nom, et par des titulaires connus et dénommés? Est-ce parce que les actions ne seront pas au porteur que l'on n'évaluera pas à plusieurs millions telle mine, tel immeuble qui vaut à peine 100,000 fr. ? Est-ce parce qu'on remettra au commanditaire des actions nominatives qu'il deviendra plus avisé, plus prudent, et qu'une majorité factice ne l'emportera pas dans les as-

semblées générales sur des intérêts sérieusement représentés?

171. Que le public se persuade que c'est à lui à bien faire ses affaires, et qu'il est plus puissant que la loi pour prévenir les fraudes des joueurs; qu'il soit désormais aussi réservé qu'il a été naguère accessible à la séduction; qu'il n'accepte que des gérans solides, expérimentés; qu'il étudie les bases d'une opération pour la juger bonne; qu'il obéisse au calcul plutôt qu'à la prévention; qu'il n'admette enfin dans les statuts d'une commandite que les seules données que l'administration a coutume d'approuver dans les sociétés anonymes: et alors, soit que les actions soient nominatives, soit qu'elles soient au porteur, la bonne foi gouvernera le contrat, et la société sera une chose loyale et fructueuse, et non un rendez-vous de fripons et de dupes.

172. Au surplus, comme je le disais au n° 149, à cette fièvre de spéculation, qui avait fait bouillonner tant d'abus, a succédé un temps de calme plus favorable aux calculs de la prudence. On a cessé de croire; l'on veut voir et toucher; c'est la vraie manière de procéder en matière commerciale. Avec cette méthode, les actions au porteur ne seront pas plus mauvaises que les actions nominatives: les bonnes affaires trouveront seules des chalands, et la circulation des valeurs privées se sera enrichie d'un moyen facile de communication.

173. Maintenant il faut nous arrêter un instant aux obligations du cédant et aux droits du cessionnaire de l'action.

1° Le cédant, qui a satisfait à l'obligation de verser sa mise, ne saurait être recherché pour les engagemens antérieurs à son aliénation (1). La raison en est simple:

---

(1) *Suprà*, n° 156.

il n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise ; au delà du capital versé, toute responsabilité disparaît. Il devient donc entièrement étranger à la société.

174. 2° Mais faisons un pas de plus : l'associé primitif a versé sa mise, partie en argent, partie en billets payables plus tard. On sait que cela se pratique assez ordinairement, lorsque la société délivre des promesses d'actions (1) ; la prudence fait un devoir d'exiger des souscripteurs la garantie que le capital nécessaire à l'entreprise sera versé, alors que le moment de le réaliser sera venu. Il ne faudrait pas se fier à des statuts qui négligeraient cette précaution, ou ne la remplaceraient pas par des garanties équivalentes.

Eh bien! l'associé vend sa promesse d'action. Quel est l'effet de cette cession, sur les billets qu'il a souscrits? son engagement passe-t-il de droit à son cessionnaire? ou bien subsiste-t-il malgré la cession?

Je réponds que cette cession n'est de nature à apporter aucun changement dans la situation du souscripteur des billets. Quand même l'action serait nominative, quand même le transfert aurait été inscrit sur le registre de la société et accepté par elle, les valeurs souscrites par l'associé primitif continueraient à servir de garantie à un engagement, qui a été requis par la société, pour que des individus insolvables ne viennent pas rendre illusoires les ressources sur lesquelles elle compte (2).

175. On a soutenu que si le gérant de la société consentait à recevoir pour seul débiteur le nouvel associé qui donnerait d'autres billets en remplacement des billets du précédent associé, celui-ci serait entièrement

---

(1) *Suprà*, n° 131.

(2) M. Persil, p. 130.

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 321. M. Vincens n'est pas très-clair, t. 1, p. 329.

déchargé; que cette novation, pourvu qu'elle fût exempte de collusion et de mauvaise foi, ne pourrait être attaquée par les tiers; qu'elle serait seulement un cas de responsabilité de la part du gérant qui aurait mal administré les intérêts de la société (1).

Je ne crois pas cette opinion fondée; et c'est tout ce que je pourrais faire que de l'admettre, si les statuts de la société anonyme ou en commandite donnaient imprudemment aux gérans le pouvoir exorbitant d'enlever aux tiers la garantie qu'ils trouvent dans les souscriptions. Les tiers trouvent dans la signature sociale, sous la foi de laquelle ils ont stipulé, un principe d'action pour forcer les soucripteurs à tenir leurs engagemens (2). Les gérans ne peuvent porter préjudice à cette action. Il n'est pas en leur pouvoir, gardiens qu'ils sont des garanties sociales, de les diminuer par des novations, que les tiers peuvent considérer comme non avenues. Autrement l'actif social se dissiperait en promesses trompeuses; une cohorte d'insolvables prendrait la place de souscripteurs sérieux. Le gérant aurait dans sa main le pouvoir suprême de retenir dans les liens de la société ou d'en affranchir ceux qu'il voudrait, à son bon plaisir, contrarier ou favoriser; et les tiers, condamnés au rôle de spectateurs inertes, verraient leur gage s'évaporer. On comprend qu'il n'est pas possible d'admettre un système si favorable à la mauvaise foi.

176. Voici maintenant une autre nuance de la question.

S'il arrive souvent que la société, dirigée dans un esprit de prudence dont ses statuts ne devraient jamais

---

(1) M. Pardessus, n° 1043.
MM. Malpeyre et Jourdain, n° 324. *Contrà*, M. E. Persil, p. 130, n° 3.

(2) *Infrà*, n°s 921 et suiv., ma dissertation sur l'action des tiers.

s'affranchir, exige des valeurs pour garantir que le montant de la promesse d'action sera entièrement versé, il arrive aussi quelquefois qu'elle n'exige rien au delà de la somme versée provisoirement ; pour le surplus elle suit la foi du souscripteur. Or, si ce dernier vend sa promesse d'action, est-il entièrement déchargé, et son obligation de verser les autres termes passe-t-elle exclusivement sur la tête de son cessionnaire? Une distinction est nécessaire. Ou les actions sont au porteur, ou elles sont nominatives.

177. Dans le premier cas, on peut dire que le souscripteur ne peut être recherché; que la création de titres au porteur est un indice de la pensée qui a présidé à la création de la société; qu'on n'a pas tenu compte du crédit de telle ou telle personne en particulier; qu'on a voulu que les associés pussent se succéder les uns aux autres par autant de novations qu'il y a de cessions de titre. Mais je réponds qu'il ne faut pas confondre le souscripteur qui a promis de prendre tant d'actions et de les payer, avec le simple porteur d'une promesse d'action négociable de la main à la main. Le premier est lié par un engagement particulier. Il a promis aux gérans et aux tiers de parfournir sa mise intégrale. Il doit accomplir cette obligation. L'article 26 du Code de commerce lui en fait un devoir sacré. Que les porteurs intermédiaires par les mains desquels l'action est passée sans laisser de traces, soient à l'abri des recherches, je l'admets; mais le souscripteur a des devoirs plus étroits. La négociation de son action ne l'a pas dégagé. Il est tenu concurremment avec le porteur (1).

178. Cette solution n'est pas moins certaine quand les titres sont nominatifs. On a cependant soutenu le

---

(1) *Contrà*, MM. Malpeyre et Jourdain, n° 320. *Suprà*, n° 159.

contraire (1), sous prétexte que la faculté de négocier les actions a été accordée, pour que chaque actionnaire pût à son gré sortir de la société; que sortir d'une société, c'est se faire étranger aux obligations qu'elle impose, comme aux droits qu'elle accorde; que l'associé qui a vendu son action, moyennant un transfert inscrit sur les registres de la société, cesse de faire partie de l'association, et que son remplacement par son cessionnaire est censé avoir été agréé par la société elle-même, qui n'a plus dès lors d'action que contre le cessionnaire.

Ces raisons me semblent légères. La vente de la promesse d'action ne saurait opérer de novation, et l'on ne conçoit pas qu'on puisse admettre, sans des causes moins fugitives, l'anéantissement des engagemens les plus sérieux. La société conserve donc son recours contre le souscripteur; loin de voir ses droits modifiés, elle a pour lui répondre et le souscripteur et le titulaire connu.

Sans ces garanties, qui, du reste, sont celles du droit commun, on tomberait dans les plus graves désordres. Des associés insolvables prendraient la place des associés primitifs, dont la confiance ébranlée irait chercher dans la fuite le moyen frauduleux d'échapper à leur responsabilité; les tiers, qui auraient contracté avec la garantie d'un capital social suffisant, verraient leur gage leur échapper. Les sociétés seraient un piége trompeur et un appât pour la mauvaise foi. Les associés en suivraient la fortune quand elles offriraient des bénéfices à partager; ils les abandonneraient à leur malheureux sort quand les chances se seraient annoncées périlleuses. Les tiers de bonne foi paieraient les frais de cette spéculation dolosive.

---

(1) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 323.

179. Au surplus, presque toujours, l'acte de société prévient les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet. Car il est de la prudence des rédacteurs de ces contrats de régler les positions avec précision.

Une clause surtout est assez fréquente. Elle consiste à déclarer que les souscripteurs, qui ne paieront pas les fractions de leurs actions aux époques indiquées pour les appels de fonds, seront déchus de leurs droits, et que les paiemens déjà faits seront acquis à la société. Supposons une société dont le capital social est de dix millions. L'acte de société divise ce capital en quatre quarts, dont un premier quart payable au moment de la souscription des actions, et les autres à des époques diverses. La société se met en train avec un capital effectif de deux millions cinq cent mille francs. Plus tard les autres versemens compléteront les dix millions. Mais, pour intéresser les actionnaires aux paiemens ultérieurs, on réserve que ceux qui ne satisferont pas aux autres appels de fonds, seront déchus et perdront leur premier quart. La portée de cette stipulation est de permettre aux souscripteurs de sortir de la société en sacrifiant ce qu'ils ont versé; d'où il suit que si d'une part le capital de dix millions n'est pas rempli, de l'autre cependant le nombre des parties prenantes diminue, et les dividendes deviennent meilleurs. Du reste, les tiers, qui ont contracté avec la société, ne peuvent jamais forcer les souscripteurs à payer l'intégralité de leurs actions; car ceux-ci les évinceront en déclarant qu'ils renoncent aux parts versées. Dès lors, les tiers n'ont pas dû avoir la certitude que le montant intégral de toutes les actions serait acquitté; ils ont dû s'attendre à des défections; s'ils ont été prudens, ils n'ont dû chercher leur garantie que dans les ressources existantes et les capitaux réalisés.

On a prétendu que cette stipulation est nulle, comme

contraire à l'art. 26 du Code de commerce, qui veut que chaque associé soit tenu jusqu'à concurrence du montant de sa mise (1). Mais une telle prétention n'est pas soutenable. Si on avait interrogé l'histoire, on aurait vu que cette clause, fort ancienne dans la pratique commerciale, se rencontre dans les sociétés les plus honorables; par exemple dans la société générale des assurances organisée par un édit de Louis XIV, de mai 1686 (2) et précédemment, dans les statuts de la compagnie des Indes, règlementés par une déclaration de 1664 (3). D'ailleurs, comment peut-on dire que l'associé est tenu du montant intégral de son action, puisque l'acte social lui permet de se retirer après le paiement du premier versement partiel? Est-ce que la société n'aurait pas pu déclarer que le capital consiste dans les fonds du premier quart seulement, avec réserve de faire un appel de fonds en cas d'insuffisance et sous la clause pénale que ceux qui n'y répondraient pas perdraient leur première mise? Est-ce que cette combinaison n'est pas permise? Quelle différence y a-t-il entre elle et les effets de celle qu'on taxe d'illégalité ? Ne nous montrons pas trop sévères contre la liberté des conventions. Des langes trop étroits ne couvrent que l'impuissance.

180. Nous avons parlé des obligations du cédant. Quant au cessionnaire, il est inutile de dire qu'il est investi de tous les droits comme de toutes les obligations de son vendeur. A moins de clauses contraires, il a toujours droit aux intérêts et bénéfices courus depuis la dernière répartition.

---

(1) Consult. de MM. Persil et Dupin aîné, dans l'affaire des messageries Armand, Lecomte et compagnie. Cette consultation est tout au long dans le livre de M. E. Persil, p. 155.

(2) *Infrà*, n° 397.

(3) *Infrà*, n° 446.

181. Une fois le capital social formé par l'acte de société, rien ne peut porter atteinte aux combinaisons qui ont présidé à sa constitution; rien, dis-je, que la volonté de tous les associés (1).

182. Ainsi, le capital ne peut être augmenté si tous les associés n'y consentent pas. Vainement la majorité déciderait-elle que le capital social est insuffisant et qu'un appel de fonds est nécessaire pour soutenir la marche de l'entreprise; la minorité peut se refuser de répondre à cet appel quand l'acte social ne l'autorise pas; un associé n'est tenu de payer que la mise convenue : l'obliger à un supplément, c'est sortir du contrat, c'est faire un contrat nouveau sans sa volonté. Tel individu a pu engager 20,000 fr. dans une société, qui se trouve dans l'impossibilité d'y mettre un sou de plus sans nuire à ses affaires. Toutefois la Cour royale de Nîmes, par arrêt du 3 fructidor an 12 (2), a voulu que le vote de la majorité obligeât chaque actionnaire à souscrire à l'augmentation (3), sauf à lui à se retirer de l'entreprise en renonçant à sa mise de fonds au profit de la société. Mais cette décision ne serait qu'un hardi excès de pouvoir, si quelques circonstances particulières de la cause n'avaient permis à la Cour de tirer de l'intention des parties la solution à laquelle elle est arrivée (4).

183. Que deviendra cependant la société ainsi abandonnée à des ressources insuffisantes?

De deux choses l'une :

Ou le nombre des récalcitrans sera assez considérable pour forcer à liquider l'entreprise, et alors la société

---

(1) *Infrà*, n° 724, sur l'art. 1859.

(2) S. 4. 2. 549. Dalloz, *Société*, p. 139.

(3) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 337. M. E. Persil, p. 137, 138.

(4) *Infrà*, n° 938, 939.

se dissoudra, faute des fonds nécessaires pour marcher.

Ou bien il y aura des associés plus confians et plus dociles, en assez grand nombre pour relever les forces de la société; et, dans ce cas, les actionnaires dissidens ne toucheront les bénéfices qu'au prorota de la somme qu'ils auront originairement versée, tandis que ceux qui auront répondu à l'appel auront une part correspondante à la totalité des fonds qu'ils auront apportés au capital social. C'est ce qu'avait décidé le tribunal de Nîmes, dont la décision fut réformée par la Cour royale à raison des faits particuliers dont j'ai parlé tout à l'heure.

184. Toutefois, si les capitaux apportés par les associés persévérans permettaient de rembourser les dissidens de leur intérêt dans l'actif social, je crois que ce parti serait le plus juste et le plus sage; il vaudrait mieux fonder sur les débris de l'ancienne société, tiraillée en sens contraire par des intérêts divergens, une association nouvelle, mue par l'identité de vues et par le même esprit de bonne intelligence.

185. Du reste, quand on créera une société dont la mise en activité exigera des avances difficiles à calculer, il sera prudent de se prémunir contre une dissolution prématurée, par des stipulations fixant nettement les devoirs des associés.

Ainsi, on réservera le droit de faire des emprunts jusqu'à concurrence de telle somme déterminée, ou bien on déclarera que, dans tels et tels cas donnés, un appel de fonds pourra être fait dans certaines limites réglées d'avance.

186. Reconnaissons-le toutefois. Ces moyens ne sont pas sans inconvéniens. Un emprunt grève la société d'obligations qui peuvent peser sur son avenir d'une manière fâcheuse : il faut payer des intérêts; il faut amortir le capital de l'emprunt. La liberté de l'entre-

prise en est sérieusement affectée, et son crédit peut en souffrir.

Et quant à l'appel de fonds, il effraie les souscripteurs d'actions qui n'aiment pas à s'aventurer dans l'inconnu; il éloigne les capitaux civils au lieu de les attirer vers l'industrie.

187. C'est pourquoi une combinaison ingénieuse a avisé au moyen suivant. On divise le capital social en séries d'actions, dont une partie est émise sur-le-champ, et dont l'autre ne doit être émise qu'ultérieurement et dans le cas seulement où l'intérêt de la société l'exigera (1). L'émission de ces dernières actions augmente les forces de l'association et le nombre de ses membres; elle lui procure des fonds qui s'ajoutent à son capital actuel et le rendent plus large et plus solide; elle n'oblige pas, comme l'emprunt, à un remboursement qui souvent ne peut s'effectuer qu'à l'aide d'un autre emprunt; elle laisse les actionnaires maîtres de prendre de ces nouvelles actions, ou de s'en tenir à leur mise primitive; et par-là elle les dégage des inquiétudes qui sont inséparables de la soumission à des appels de fonds (2).

188. Il arrive souvent que, pour plus de latitude, on stipule que le capital social pourra être porté, si les convenances de l'affaire le demandent, à une somme plus

---

(1) Je lis, par exemple, dans un acte de société en commandite qui est passé sous mes yeux : Le fonds social est fixé à 500,000 fr., et est représenté par 500 actions de 1,000 francs. Lesdites 500 actions seront divisées en 5 séries de cent actions chaque. — Ces 5 séries pourront ne pas être toutes en émission.— 4 seulement desdites séries sont actuellement mises en émission.—La 5e ne le sera que si le gérant juge que l'intérêt de la société l'exige, et après qu'il aura prévenu de cette émission la commission de surveillance.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 338.

élevée que le capital actuel, et cela au moyen d'une nouvelle émission d'actions. Mais, vu la gravité d'une telle mesure, il est convenable de réserver, dans l'acte constitutif de la société, que cette augmentation doit être arrêtée par une assemblée générale des actionnaires qui fixe le nombre des actions à émettre et les époques de leur paiement. — La délibération de l'assemblée oblige dans ce cas la minorité dissidente. La raison en est simple. Une éventualité a été prévue, et pour être prêt à l'évènement, on s'en est rapporté à la décision de l'assemblée générale. Il ne faut donc pas que ce jugement soit paralysé par le caprice ou l'obstination de quelques associés; ils ont dû savoir en entrant dans la société à quoi ils s'engageaient.

189. Je viens de parler de l'augmentation du capital social. Voyons maintenant si pendant la société il peut être diminué par le fait des associés.

Un principe certain, c'est que le capital social est la garantie des tiers qui traitent avec l'association; il sert de gage aux créanciers qui ont suivi sa foi. Il ne peut donc être employé qu'aux affaires sociales.

Ainsi, on pourra certainement s'en servir pour faire les achats du matériel nécessaire à la société, pour opérer des constructions indispensables, pour faire faire des travaux préparatoires, pour se procurer un brevet d'invention, etc., etc. Le capital social n'a été apporté que pour assurer à la société les moyens de vivre, et l'emploi dont je parle rentre dans sa destination naturelle.— Les créanciers de la société n'ont pas pu s'imaginer que l'argent resterait en dépôt pour servir de cautionnement proprement dit aux engagemens de la société. Ils ont su qu'il n'avait été versé que dans le but d'alimenter l'activité de l'association. Si, par suite d'un mauvais emploi, le capital social se trouve entamé, c'est un malheur auquel les créanciers ont dû s'attendre.

190. Mais cette conclusion n'est vraie qu'autant que l'emploi a été vraiment social. Que si le capital avait été diminué parce qu'il aurait plu à la société d'en remettre une partie aux associés et aux actionnaires, les tiers pourraient se plaindre de cette atteinte portée aux statuts. Ils n'en auraient pas moins le droit d'agir contre les associés bailleurs de fonds jusqu'à concurrence de la totalité de la mise stipulée (1).

191. Ceci me conduit à parler d'un cas qui se rattache plus particulièrement à l'interprétation de l'art. 1845, mais qui, vu la connexité, doit trouver sa place ici. — Dans la plupart des sociétés formées pour la construction et l'exploitation des chemins de fer, et autres de même nature, qui nécessitent des travaux préparatoires considérables et de grandes avances de fonds, l'acte de société porte presque toujours, que les associés bailleurs de fonds jouiront des intérêts de leur capital à partir des versemens. Or, tant que les travaux ne sont pas terminés, tant que l'exploitation n'a pas produit des bénéfices, il est évident que les intérêts ne peuvent être pris que sur le capital. C'est une délibation de l'actif social. Partant de là, des esprits scrupuleux ont été entraînés à penser qu'il y avait dans ceci un détournement préjudiciable aux tiers; qu'il était dérisoire de tolérer qu'un associé donnât d'une main et reprît de l'autre; que, dans la réalité, cet actionnaire ne versait pas ce à quoi il s'est engagé. C'est pourquoi le conseil d'État a long-temps lutté contre de pareils pactes; il les a considérés comme contraires à l'art. 1845 du C. civ., à l'art. 26 du C. de comm. et à toutes les notions admises en matière de crédit (2).

Mais, d'un autre côté, le gouvernement, préoccupé

(1) Arg. de l'art. 1845.

(2) *Infrà*, n° 466.

des intérêts généraux plutôt que de certaines subtilités civiles, s'est montré moins rigoureux dans l'application des principes, et, malgré les avis du conseil d'État, il a fait les concessions commandées par la force des choses. Les capitaux sont indispensables pour mettre en mouvement ces grands travaux, sur lesquels repose l'avenir industriel de notre pays. Où les trouver cependant, ces capitaux, si l'on repousse avec inflexibilité les combinaisons qui peuvent les attirer? Or, les petits capitalistes ne se décideront jamais à verser leurs fonds, si pendant un certain temps ils doivent être condamnés à ne rien recevoir annuellement à titre d'intérêts. En vain, vous leur direz que ces intérêts portent un nom trompeur; qu'ils ne sont pas des fruits; qu'ils ne sont qu'un démembrement de capitaux, dont la vraie destination économique est de rester intacts. Ce langage est vrai et raisonnable; mais il ne convaincra personne. Les capitalistes préféreront une fiction qui flatte leurs habitudes; rentiers, ils donneront leur assentiment à une combinaison qui les traite en rentiers, espérant que le succès de l'entreprise, à laquelle ils donnent leur confiance, couvrira cet emprunt momentané fait sur soi-même, et rendra au capital social son effectif nominal. Que si un rigorisme stoïque s'obstine à vouloir qu'il n'y ait pas de répartition d'intérêts, eh bien! ils porteront ailleurs leurs capitaux, et l'industrie sera frappée d'inertie, à moins qu'elle n'aille chez les banquiers faire des emprunts qui coûteront bien plus cher. Dans cet état, le gouvernement, qui voulait la fin, a dû vouloir les moyens; il a capitulé avec les préjugés.

Je suis d'autant moins porté à l'en blâmer, qu'aucun principe de droit ne se trouve blessé par sa tolérance. Vainement objecte-t-on que c'est s'écarter de l'art. 1845, qui veut que chaque associé soit tenu de tout ce qu'il a promis de verser, et que l'on viole l'art. 26 du C. de

comm., d'après lequel les associés bailleurs de fonds sont responsables jusqu'à concurrence de leur mise. Mais comment ne voit-on pas que dès l'instant que les statuts ont permis des répartitions d'intérêt avant que l'entreprise ne fût productive, c'est comme s'il avait été convenu, clairement et invinciblement convenu, que le capital nominal ne serait pas le capital effectif, et que la mise consisterait, non dans la somme versée, mais dans ce qui en resterait après les intérêts payés? Que parle-t-on de la sûreté des créanciers qui ont traité avec l'association? Est-ce qu'ils n'ont pas lu l'acte de société? Est-ce qu'ils n'ont pas su que, par une sorte de circuit ouvertement annoncé, les associés bailleurs de fonds ont mis une portion de l'apport en dehors de l'actif social destiné à garantir les tiers? Qu'on ne dise donc pas que les créanciers seraient fondés à faire le rappel de ces sommes indûment perçues!! Nullement. Les associés ont usé de leur droit; ils ont profité d'un pacte qui était la loi commune. *Nemo damnum dat qui jure suo utitur*. Tout ceci est vrai pour les sociétés anonymes comme pour les sociétés en commandite. Tous les jours on voit dans les sociétés en commandite des conventions de ce genre. Il est du devoir des tribunaux de les respecter.

192. Mais on comprend que la solution serait toute différente si les distributions d'intérêts ou de dividendes, aux dépens du capital, étaient faites sans avoir été autorisées par les statuts. Ce ne serait plus alors qu'un détournement, et chaque associé serait débiteur, envers la société et envers les tiers, du montant de la distraction dont il aurait profité (1). Autant le rapport serait

(1) C'est à ce cas que je crois qu'il faut limiter l'opinion de MM. Malpeyre et Jourdain, n° 339; elle serait fausse s'il fallait lui donner plus de portée et l'étendre au cas où les statuts auraient parlé. Au reste, ils auraient dû faire la distinction. *Infrà*, n°s 466 et 622.

dans le cas précédent un acte de violence, autant il serait juste dans celui-ci.

193. A l'époque encore récente où la frénésie du jeu s'était emparée des sociétés en commandite (1), de hardis agioteurs avaient imaginé une autre combinaison pour attirer les actionnaires. C'était de donner à la société l'auxiliaire d'une loterie, en retranchant du capital social une certaine somme que l'on attribuait à des numéros gagnans. Soit un capital social d'un million (on sait que l'on ne pouvait pas parler de moins d'un million, c'était le chiffre sacramental) : 300,000 fr. sont mis à part; on en fait un fonds de jeu; des lots de force inégale sont formés et attachés à des numéros privilégiés. L'urne révèle ceux des actionnaires que la fortune appelle à profiter de ces primes.

Cette combinaison avait été imitée de l'emprunt de la ville de Paris. Mais là elle avait été autorisée par une loi; ici la loi contre les loteries la défendait. Le ministère public s'étant ému, le tirage n'eut pas lieu. On se borna à répartir le fonds de 300,000 fr. entre tous les actionnaires au prorata du nombre de leurs actions.

Du reste, il est évident que, dans la société dont je parle, les créanciers non payés auraient vainement exigé le rapport de ces 300,000 fr. par les actionnaires. Cette somme n'avait jamais fait partie de la mise sociale; elle n'avait jamais été destinée aux besoins de la société; et les art. 1845 du Code civil et 26 du Code de commerce n'auraient pu être invoqués contre les actionnaires, que par un oubli de la loi du contrat.

---

(1) En 1837 et 1838.

Article 1834.

Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs.

La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, en sus ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors (1), et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs.

SOMMAIRE.

194. Le contrat de société est consensuel.

195. Dans le droit romain et dans notre ancien droit français, tout moyen logique était bon pour prouver l'existence de la société, quelle que fût la somme dont il s'agissait.

196. De là, la société expresse, et la société tacite.

Les sociétés tacites ou *taisibles* étaient très-fréquentes dans notre ancien droit. Renvoi au n° 257.

On les appelait aussi *compagnies* : étymologie de ce mot d'après Pasquier.

197. Leur décadence dans un grand nombre de provinces. Quelques coutumes les maintinrent.

198. Le Code civil a voulu les supprimer entièrement. L'article 1834 est dirigé contre elles.

199. Il n'y a pas d'exception pour les sociétés faites en foire, par cultivateurs.

200. L'art. 1834 ne repousse pas les commencemens de preuve par écrit, le serment, les interrogatoires sur faits et articles.

201. Des sociétés dont l'objet est inférieur à 150 francs.

202. Sus quelle base calcule-t-on la valeur de *l'objet* de la société.

203. La preuve écrite d'une société dont l'objet est supérieur à 150 francs peut résulter de toute écriture quelconque, même de la correspondance.

---

(1) Rédaction incorrecte.

Il fait de l'écriture une condition essentielle de la société.

227. Comment ceci doit être entendu.

228. Les sociétés en participation ne sont pas assujéties à la règle de l'écriture.

229. Les tiers peuvent prouver, par tous les moyens de preuve, les sociétés commerciales en nom collectif et en commandite.

230. Ils peuvent même recourir à la preuve testimoniale.

231. Dépôt de l'extrait des actes de société, transcription et affiche.

232. Insertion dans les affiches judiciaires et dans le journal du département.

233. Mention de l'extrait.

234. Suite.

235. Suite.

236. Suite.

237. Suite.

238. Combinaison ingénieuse pour concilier le secret nécessaire dans la commandite avec la publicité voulue par le crédit.

239. Peine de nullité prononcée par le Code de commerce et par la loi de 1833 pour l'inobservation des formalités ci-dessus.

La nullité ne peut être tournée contre les tiers.

240. Elle est d'ordre public entre associés. L'omission des formalités légales fait supposer le dol.

241. La nullité ne peut être couverte. Oscillations de la jurisprudence.

242. Arrêts qui décident que la nullité est susceptible d'être couverte. Arrêt de cassation.

243. Suite. Arrêt de Grenoble.

244. Suite. Arrêt de Bordeaux rendu sous la présidence du savant M. Ravez.

245. Autre de la Cour de Bruxelles.

246. Arrêts en sens contraire et qui décident que la nullité ne peut être couverte.

Décision topique de la chambre des requêtes de la Cour de cassation.

247. Autres de la Cour de Lyon et de plusieurs cours.

248. Cette seconde jurisprudence est la seule bonne. La loi qu'elle applique strictement a été déterminée par l'intérêt des tiers. Cette loi n'est pas cruelle comme on pourrait le pen-

ser au premier coup d'œil. Elle assure des garanties au crédit.

249. Mais la société étant nulle, comment se règle le passé entre associés? Discussion à cet égard.

250. Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation expliqué et invoqué sur ce point important.

251. Tout *intéressé* peut se prévaloir de la nullité de la société de commerce.

Les créanciers personnels d'un associé peuvent poursuivre la nullité d'une société contre cet associé et contre ses associés eux-mêmes.

Bien plus, les créanciers d'un associé peuvent l'opposer aux créanciers de la société. Ils sont tiers *intéressés* pour argumenter d'une nullité qui fait présumer la fraude.

252. Des formalités requises pour la société anonyme.

Elle ne peut être formée que par acte public. Affiche de l'ordonnance d'autorisation et de l'acte d'association.

253. Quelquefois il y a une société de fait qui *précède* l'autorisation. Effets de cette société. Renvoi au n° 475. Autre renvoi sur la marche à suivre pour l'obtention de l'ordonnance.

254. Ce n'est pas seulement la formation des sociétés de commerce qui doit être publiée :

Il faut aussi publier *la dissolution avant le terme fixé ;*

La retraite d'un associé en nom ;

L'adoption d'une *nouvelle raison sociale ;*

La *modification* de clauses importantes ;

La continuation de société après le terme expiré.

COMMENTAIRE.

194. Le contrat de société civile est un contrat consensuel (1) ; le consentement suffit à sa perfection ; peu importe la forme que lui donnent les parties et l'expression dont elles le revêtent. Modestin disait : « Societatem » coire et re et verbis et per nuntium posse nos, du- » bium non est (2). »

(1) Coquille sur Nivernais, t. 22, art. 1.

(2) L. 4, D. *Pro socio.*

195. A Rome, et dans notre très-ancienne jurisprudence, cette liberté de forme, dans le contrat de société, était entendue de la manière la plus large; on n'y avait pas introduit la distinction du droit moderne (distinction fort prudente du reste) entre le cas où la société avouée par les associés n'a pas besoin du secours des solennités extérieures pour fortifier un consentement qui suffit à tout; et l'autre cas, où, l'existence du contrat étant déniée, il faut en produire aux juges une preuve qui, pour être plus certaine, doit résulter de l'écriture, quand la somme excède un certain taux. Ni le droit romain, ni le droit français primitif, n'admettaient cette différence entre la société avouée et la société contestée. Alors même qu'elle était déniée, il était permis d'en prouver l'existence par tous les moyens de preuve, par l'écriture solennelle ou non solennelle, par les paroles, et même par les faits consonans avec la société : *actibus societati consonantibus*, dit un savant interprète (1).

196. De là étaient sorties deux espèces de sociétés, la société expresse et la société tacite : la société expresse, c'est-à-dire, celle qui se contractait par des paroles, par une convention exprimée : c'était la société *verbis* de Modestin (2).

La société tacite, c'est-à-dire, celle dont la preuve reposait sur les faits dont je viens de parler, par exemple la vie commune, la participation aux gains et aux pertes : c'était la société *re* du jurisconsulte romain (3). La seule existence de ces faits suffisait pour faire

(1) Favre, sur la loi 4, D. *Pro socio.*

(2) Felicius, c. X, n°s 1, 2.

(3) Felicius, c. X, n° 15. Basnage, sur Normandie, t. 2, p. 83, col. 1. Menochius *de Præsumpt.*, lib. 3, *præsumpt.* 56, n° 37. Favre, C. *Pro socio* 27, def. 3. Maynard, liv. 2, ch. 71. Lebrun a composé sur les sociétés tacites un traité que l'on trouve à la suite de son traité de la *Communauté*.

tenir la société comme certaine et pour dispenser de toute autre preuve. Nos coutumes sont pleines de sociétés tacites qui remontent aux temps les plus reculés (1) ; elles couvraient le sol de la France ; elles étaient d'un grand secours à l'agriculture (2), maintenaient les familles dans l'union et la force, favorisaient le développement de l'aisance dans les classes inférieures (3). On les appelait communautés ou sociétés taisibles, ou même *compagnies* (4), et ce mot dépeignait, mieux qu'aucun autre, la vie commune et intime de ceux que le lien de ces sociétés enveloppait ; car compagnie vient du mot *compain*, « par » lequel nos ancêtres, dit Pasquier (5), voulurent re- » présenter celui avec lequel ils vivaient, ou (si ainsi » voulez que je le die) mangeaient leur pain d'or- » dinaire..... et nous, du mot *compain*, fîmes celui de » *compagnie* pour ceux qui mangeaient leur pain ensem- » blement (6). » En effet, le pain était le signe de la communauté ; et quand les personnes de condition de main-morte voulaient rompre leur association, le plus vieux d'entre eux, suivant une antique cérémonie de dissolution de société, prenait un couteau, et partageait le grand pain en divers chanteaux ; d'où était venu ce proverbe juridique : *Le chanteau part le villain* (7).

197. Plus tard, les conditions sociales, qui avaient rendu ces associations si utiles, s'étant modifiées, le

---

(1) Répert., v° *Communauté tacite*. Lebrun, *loc. cit.* Voyez aussi la préface *suprà*.

(2) *Infrà*, n° 257.

(3) *Id.*, je cite un passage de Lebrun.

(4) Poitou, art. 231.

(5) Rech., liv. 8, ch. 24, t. 1, p. 804.

(6) *Junge* Brodeau, sur Louet., lettre R, ch. 17, n°s 19, 20.

(7) Brodeau, *loc. cit.* Masuer, *des Successions*, t. 32, n° 20. Dumoulin sur Bourgogne, art. 89. Loisel, liv. 1, t. 1, art. 73, 74, 75.

législateur les considéra d'un œil moins favorable; elles parurent une gêne, une source de discordes (1), quelquefois même un prétexte pour frustrer de légitimes créanciers (2). L'ordonnance de Moulins, qui prescrivait la nécessité de l'écriture pour la preuve des obligations (3), les fit tomber, dans un grand nombre de provinces (4) : elles se maintinrent cependant dans certaines coutumes, qui les réservèrent par des dispositions expresses, et suivant des conditions qui n'avaient rien d'uniforme (5). Mais par cela seul qu'elles étaient une

---

(1) Henrys, t. 1, p. 370. Duparc-Poullain, t. 5, p. 341, n° 12.

(2) Lebrun, des *Sociétés tacites*, ch. 2, n° 1.

(3) V. Boiceau et Dauty, sur la nécessité de l'écriture pour les sociétés au-dessus de 100 francs, d'après cette ordonnance, p. 148, n°s 52 et suiv.

(4) ORLÉANS les proscrivait, art. 213. Voyez Duparc-Poullain, t. 5, p. 336, pour la Bretagne.

(5) TROYES, art. 101 :

Quand aucunes personnes NOBLES, ou *franches personnes* usant de leurs droits, vivent ensemble à un commun pot, sel et dépense, en mélange de biens, par an et jour, ils sont réputés unis et *communs* en biens meubles et conquêts, s'il n'appert du contraire.

SENS, art. 281.

CHARTRES, art. 61 : Pour acquérir *droit de communauté* entre deux ou plusieurs, trois choses sont requises : la première, qu'il y ait lignage entre eux et qu'*ils soient de soi*, et usans de leurs droits; la seconde, qu'ils aient demeuré ensemble à frais communs, par an et jour; la tierce, qu'il y ait apport et communication de biens par chacune desdites parties : et ces trois dites choses concurrentes, ils sont *communs* en biens meubles et acquéremens faits par eux ou l'un d'eux durant ladite communauté, s'il n'y a accord ou protestation au contraire.

MONTARGIS, ch. 9.

DREUX, 102.

AUXERRE, 201.

CHAUMONT en Bassigny (sous Langres, Champagne), art. 75 : Per-

exception dans le droit commun, la jurisprudence ne les admettait que dans les strictes limites de la coutume. Ainsi, si la coutume ne parlait que des frères (1), on ne l'étendait pas à d'autres personnes parentes ou étrangères. Si elle ne parlait que des roturiers, on n'en

---

sonnes usant de leurs droits, qui vivent ensemble à un commun pot, sel et dépense, après an et jour, ils *sont réputés communs* en biens meubles et conquêts immeubles faits *depuis la société contractée*, s'il n'appert du contraire.

Poitou, art. 231 : Si deux personnes ou plusieurs, *de roturière condition*, âgés de vingt-cinq ans et usans de leurs droits, demeurent ensemble par an et jour, vivant d'un même bien, et chacun d'eux ait apporté ses biens au fait commun de l'hostel, ils contractent *taisiblement* COMPAGNIE, etc., etc.

Angoumois, art. 41.

Saintonge, art. 58.

Berry, t. 8, art. 10 : Frères ou sœurs, ou autres demourans ensemble, vivans à menu dépens ne sont pourtant réputés avoir contracté communauté. Toutefois si avec l'habitation, demourance et dépense commune, y avait communication des gains, profits et pertes, *par an et jour*, entre personnes capables à contracter SOCIÉTÉ, par ce serait induite TAISIBLE SOCIÉTÉ *entre eux*, quant à la communication des meubles et conquêts faits et acquis durant et constant ladite taisible société.

La Marche, art. 347.

Nivernais, ch. 22, des communautés et associations, n'admettait la société taisible qu'entre frères, sans quoi, elle devait *être expresse*; mais comment s'entendait cette *expression?* Coquille dit là-dessus que les étrangers qui se sont communiqués leurs profits, gains et moyens, *pendant un long laps de temps*, *par exemple*, pendant six, huit, dix ans, sont *censés communs*, et que ces actes joints au laps de temps font présumer le consentement; que, seulement entre frères, on n'exige que l'an et jour. Sur l'art. 1.

Bourbonnais, art. 267, avait une disposition semblable. V. Papon, liv. 15, t. 2, n° 28.

(1) Bourbonnais, différente en cela de Berry, qui disait *entre frères et sœurs*.

appliquait pas les dispositions aux nobles (1), « lesquels, » dit Lebrun, ne s'attachent pas au commerce qui fait » valoir ordinairement ces sortes de sociétés ou com- » munautés tacites (2). » En un mot, les sociétés tacites n'étaient qu'une anomalie, et, en général, toute société devait, d'après l'ordonnance de Moulins, être rédigée par écrit quand la somme excédait cent livres.

198. Notre article 1834 n'a pas voulu laisser de vestiges des sociétés tacites (3) : c'est dans la vue de les proscrire entièrement qu'il a rappelé, par une disposition qui pourrait paraître redondante, le principe général d'après lequel toute convention dont l'objet excède cent cinquante francs doit être prouvée par écrit (4). Les sociétés taisibles ne conviennent plus en effet à nos mœurs (5) : les habitudes s'en éloignent. Il ne fallait pas faire fléchir, pour elles, la rigueur du droit sur la preuve des obligations (6).

199. Il y a cependant dans le mouvement des affaires civiles certaines sociétés que l'on contracte à l'improviste et pour un temps très-court, et qui sembleraient, au premier coup d'œil, mériter une exception : telles sont les sociétés faites en foire, ou pour affaires de foire, par les gens de la campagne et les cultivateurs. Le projet

---

(1) Poitou.

(2) Des communautés, ou sociétés tacites, ch. 1, n° 3.

(3) Le tribunal de Paris, dans ses observations sur le projet de Code, les appelait plaisamment *des débris de nos institutions* GOTHIQUES (Fenet, t. 5, p. 279).

(4) M. Boutteville, tribun (Fenet, t. 14, p. 406).

(5) *Ibid.*

(6) Le tribun Gilet a fait là-dessus quelques phrases dignes de l'idylle.

Dans ses observations sur le projet de Code civil, la Cour de Besançon avait demandé le maintien des sociétés taisibles comme favorables à l'agriculture (Fenet, t. 3, p. 173, 174).

de Code civil les dispensait de la preuve écrite (1). Mais un remaniement, dont les procès-verbaux du conseil d'État ne nous font pas connaître la trace, effaça cette disposition. Les sociétés civiles faites en foire restent donc soumises au droit commun. Le Code civil n'a fait que se conformer à l'ancienne opinion de Boiceau et Dauty (2).

200. Du reste, gardons-nous de considérer les expressions de l'article 1834 comme tellement absolues que l'écriture soit le seul mode de prouver la société. L'article 1834 n'a pas entendu faire de la société un contrat parfait par l'écriture ; il ne repousse ni les commencemens de preuves par écrit appuyés de témoignages oraux, ni les interrogatoires sur faits et articles, ni le serment : son but a été de rappeler le droit commun (3), et non pas d'innover au droit commun (4).

201. Et quant aux sociétés dont l'objet est d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, l'article 1834 dit expressément que la preuve testimoniale est admissible.

202. Mais il faut se demander ici sur quelles bases on calculera *la valeur de l'objet* de la société ; car ces expressions du législateur ont quelque chose de vague, et, à la faveur de leur ambiguité, la controverse a eu beau jeu. Tantôt, elle a voulu que *l'objet* de la société fût la part prétendue par le demandeur (5) ; tantôt, au contraire, elle a soutenu que c'était l'ensemble des mises formant

---

(1) Art. 3. Fenet, t. 14, p. 359.
(2) Ch. 9, n° 4, et addit., n° 6.
(3) Le tribunat l'a dit dans ses observations (Fenet, t. 14, p. 380). *Junge* M. Treilhard (*Exposé des motifs*, *ibid.*, p. 395).
(4) M. Duvergier, n° 66, d'après M. Duranton, t. 17, n° 336. *Junge* Pothier, n° 81.
(5) M. Duranton, t. 17, n° 343.

le fonds social (1) qui constituait *l'objet* de la société.

Déjà, dans l'article 1833, le législateur s'est servi du mot qui fait ici la matière de la difficulté : « Toute société » doit avoir un *objet* licite. » Dans cet article, l'objet de la société ne se confond pas avec son but (2), et le texte semble les distinguer clairement. Le but de la société est de faire un bénéfice dans l'intérêt commun des parties ; mais l'objet, c'est le genre de spéculation ou d'entreprise qui doit procurer ces bénéfices. Une société qui se constitue pour faire le commerce des bois a pour *objet* un commerce permis ; une société qui entreprend l'exploitation d'un office a pour *objet* un commerce illicite.

Est-ce dans le même sens que l'article 1834 parle de *l'objet* de la société et de sa valeur ? Je le crois. S'il se fût préoccupé, d'une manière exclusive, du but final de la société, c'est-à-dire des bénéfices, il aurait mis la fin au commencement et le commencement à la fin ; il aurait fait dépendre la preuve de la convention, par laquelle les parties se sont rapprochées dans l'origine, de l'événement qui le plus souvent voit la fin de leurs rapports ; et comme les bénéfices sont toujours éventuels, qu'ils peuvent varier du tout au tout, il s'ensuit que la preuve d'une société serait aussi mobile que les circonstances auxquelles son succès est subordonné. On pourrait faire preuve de la société quand ses bénéfices seraient néant : au contraire, on ne pourrait pas en prouver l'existence si sa fortune avait été meilleure.

Tout cela est déraisonnable : c'est au moment de la convention qu'il faut prendre les parties pour savoir si elles devaient, oui ou non, en passer écriture.

---

(1) Arg. d'un arrêt de Turin du 24 mars 1807 (Dal., *Société*, p. 84, note, n° 4). Sirey, 7, 2, 241. M. Duvergier, n°s 72 et suiv.

(2) *Suprà*, n° 83.

On s'attachera donc à vérifier la valeur de l'entreprise telle qu'elles l'ont constituée primitivement ; on portera surtout son attention sur l'ensemble des mises sociales par lesquelles la société est entrée en fonctions.

Et, à cette occasion, je dirai franchement que je ne comprends pas que M. Duranton (1), scindant l'avoir social en autant de parts qu'il y a d'associés, veuille que l'objet de la société se réduise pour chacun d'eux à la portion qu'il y prétend. M. Duranton ne s'aperçoit donc pas qu'il détruit le lien social, et fait de la société, non une collection d'intérêts, mais une simple juxtaposition d'individus distincts !!! Et savez-vous ce qui résultera de là ? que, dans le cas d'inégalité des mises sans bénéfices, la preuve sera accessible pour celui dont la mise ne sera que de 149 francs, tandis que l'autre associé, qui aura versé 152 francs, sera non recevable à la proposer !!!

En présence de tels résultats, je crois que l'on peut conclure avec certitude que la valeur dont la loi veut qu'on tienne compte, c'est la valeur de toutes les mises réunies.

On pourrait seulement se demander, si l'on ne devrait pas réunir à la valeur des mises les bénéfices réalisés à l'époque de la demande en preuve. Mais rappelons-nous ce que nous disions tout à l'heure, c'est-à-dire, que pour savoir si les parties ont dû rédiger un écrit de leurs conventions, il est nécessaire de se reporter à l'instant même du contrat. Or, dans ce moment il n'y a pas de bénéfices, et l'on ne sait même pas s'il y en aura. Vainement argumenterait-on de l'article 1342 qui exige la réunion du capital et des intérêts. Les intérêts sont un accessoire nécessaire et certain du capital. Rien, au

(1) T. 13, n° 306, et t. 17, n° 343.

contraire, n'est plus chanceux que la réalisation des bénéfices, et la société, au lieu de gagner, est exposée à tout perdre. Saisissons-la donc à l'époque de sa constitution, et abstraction faite de tout évènement ultérieur.

C'est, au surplus, ce qui a été jugé par la Cour de Turin, dans une espèce curieuse, qui doit un moment fixer notre attention. Le 15 septembre 1806, Franco et Marocco se rencontrent sur la route de Rivoli : « J'ai de » bons numéros pour la loterie qui doit se tirer demain, » dit Marocco à Franco. » Là-dessus ils conviennent d'une société, et Franco remet à Marocco la légère somme de 1 franc 25 centimes.

Mais quel était l'objet de cette société? était-ce les numéros que Marocco avait déjà pris au moment de l'entrevue ? ou bien était-ce une société générale pour toutes les mises que Marocco avait faites et devait faire par la suite? ou bien encore la société ne portait-elle que sur les billets que Marocco prendrait à l'avenir?

Très-importante était la question pour Franco; car, au moment du contrat, Marocco était déjà porteur d'un billet qui gagna plus tard 7,178 francs.

Le même jour, après avoir quitté Franco, Marocco avait pris un autre billet de loterie, qui gagna 27 fr.; il en remit moitié à son associé. Sur ce point aucune contestation. Mais Franco prétendit n'être pas satisfait par ce partage; il soutint qu'il devait avoir aussi moitié des 7,178 fr., et c'est alors que Marocco allégua que la société verbale n'embrassait que l'avenir, et nullement les billets déjà pris au moment de la rencontre.

La cause ayant été portée devant les tribunaux, la Cour royale de Turin condamna par son arrêt du 24 mars 1807 le système de Marocco.

Au nombre des moyens que ce dernier employait, il en était un qu'il tirait de l'art. 1834 du C. c., lequel

prohibe la preuve testimoniale de toute société dont l'objet est de plus de 150 fr. Mais voici comment la Cour le réfuta.

« Considérant que la disposition de l'art. 1834 est » totalement inapplicable à l'espèce, puisque *l'objet de la » société* dont il s'agit est d'une valeur de beaucoup in- » férieure à 150 fr., et que, d'ailleurs, il n'est pas dou- » teux que pour déterminer *l'objet de la société* il faut » uniquement regarder le montant de *la somme* et de » *la valeur* de la *chose que les parties ont mise en commun*, » le bénéfice qui peut en résulter n'étant qu'un objet » incertain, futur, accessoire, et dépendant du contrat » principal de société, d'où il s'ensuit que la preuve » testimoniale était admissible. »

203. Du reste, la loi n'attache à la preuve écrite aucune forme sacramentelle; que l'acte soit authentique, qu'il soit sous seing privé, avec date certaine, peu importe. La preuve peut même résulter de la correspondance comme en matière de vente (1).

204. Mais est-il nécessaire de représenter l'acte de société lui-même, avec toutes ses stipulations et ses clauses, ou, du moins, la correspondance par laquelle les parties ont fixé leurs rapports et réglé leurs conditions? Non ! La jurisprudence n'a pas entendu l'art. 1834 d'une manière aussi rigoureuse. Elle se contente de tous écrits quelconques attestant que les parties reconnaissent qu'elles sont ou ont été associées. A ses yeux, le point capital est que la preuve soit littérale et qu'elle ne repose pas sur les témoignages oraux que la loi frappe de suspicion (2).

C'est précisément ce qu'enseignait Coquille d'après

---

(1) V. mon comm. *de la vente*, t. 1, n[os] 21 et 31. Straccha, décis. 31, n° 6.

(2) M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 536.

Dumoulin(1). « Si, en aucuns contrats, les contractans » *se nomment et disent communs parsonniers*, cela sert » non-seulement pour prouver la communauté déjà » contractée par la raison de la loi *optimam* C. *De* » *cont.* et *commit. stipul.* et l. *Publia,* § *ultim.* D. *Depositi,* » mais aussi pour *disposer et introduire communauté;* car » la société est au nombre des contrats qui sont par- » faits par le consentement. Et quant à la preuve, la » règle en est générale, *quand l'énonciation est faite entre* » *personnes* qui lors avaient pouvoir de disposer. (*Molin.* » *in Annot. ad consil. Alexandri* 21, cons. 1.) A quoi je » voudrais ajouter : pourvu que telle énonciation se » fasse sérieusement et en acte concernant tel négoce, » par la raison de la loi *Divus* D. de *Milit. test.* et l. » 1. *Privatus* D. *qui et à quib. manumiss.* »

Voici, en effet, les paroles de Dumoulin (2) :

« Limito primò, quando illud enuntiatum importat » dispositionem, et profertur ab eo, vel ab iis, qui dis- » ponere possunt ; ut cum quis contraxit tanquàm » hæres. »

Ainsi, dans une affaire jugée par la Cour royale de Paris, entre la femme Dalvimart et les frères Véry, au sujet d'une société relative au café des Tuileries, alors appelé le *Café des consuls*, il fut décidé que, bien que l'acte primitif de société ne fût pas représenté, il y avait néanmoins preuve suffisante de l'association 1° dans une lettre par laquelle l'un des frères Véry, tant en son nom que pour son frère, en avait reconnu l'existence, 2° dans un acte sous seing privé, signé Dalvimart et Véry frères, qui dissolvait la société moyennant 24,000 fr. promis à la femme Dalvimart (3).

---

(1) Sur Nivernais, t. 22, art. 1, *in fine*.
(2) Ad vol. 1, cons. 21, d'Alexandre.
(3) Paris, 17 avril 1807 (D. *Société*, p. 84. S., 7, 2, 1204).

De même, la Cour de Bruxelles, par arrêt du 28 février 1810 (1), a fort bien décidé qu'une pétition adressée par trois individus, se disant adjudicataires des droits à percevoir sur les quais de Bruxelles, donnait une preuve littérale et suffisante d'une société formée entre ces trois individus pour la ferme de ce droit, et ne rendait pas nécessaire la production de l'acte de société.

Enfin je trouve une décision pareille dans un arrêt de la Cour de Turin du 10 avril 1811 (2).

205. Cette jurisprudence me semble parfaitement sage et prudente. Elle satisfait à tous les intérêts comme aux exigences de la loi. Cette qualité d'associé prise par écrit, soit dans les rapports d'associé à associé, soit au dehors, est une vraie reconnaissance, qui dispense de la représentation du titre primordial dans le sens de l'art. 1337; car, à elle seule, elle reproduit cet acte originaire dans son intégrité et sa perfection.

Vainement dirait-on que la seule qualité d'associé prise par un individu est, en soi, insuffisante, puisqu'elle laisse ignorer les conditions qui ont pu être faites sur les parts, sur l'avoir, sur la durée de la société. Mais la réponse est que les parties, qui originairement n'ont pas couché leurs accords par écrit, n'ont voulu faire rien autre chose qu'une société légale, si je puis parler ainsi; qu'il est de toute évidence qu'elles s'en sont référées à ce que la loi a réglé sur ces divers points en l'absence de toute convention spéciale, et que dès lors la société se présente complète dans son organisation. De tout temps, la doctrine et la jurisprudence

---

(1) Dal. *Société,* p. 84.
Sir., 14, 2, 93.

(2) Dal., *Société*, p. 84.
Sir., 13, 2, 352.

ont regardé la prise de qualité d'associé dans des actes écrits comme preuve entière d'une association (1).

206. On a cependant fait une objection.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Bruxelles, l'écriture dont on tirait la preuve d'association n'avait pas été faite en double. La même circonstance se rencontrait dans l'arrêt de Turin, où un bail passé avec un tiers, par deux bailleurs se disant associés, était le fondement de la preuve de la société. Or, on argumente de là pour soutenir, l'art. 1325 à la main, que cet article a été méconnu par les deux arrêts en question.

A mon avis, il y a méprise et confusion (2).

C'est à peu près comme si l'on prétendait que la preuve d'une société ou d'une vente faite par correspondance est condamnée par l'art. 1325 comme manquant du fait double. Je sais bien qu'on a soutenu cette proposition : car que n'a-t-on pas soutenu? Mais qu'en pensent la doctrine et la jurisprudence (3)? La mention du fait double n'est exigée par l'art. 1325 que pour la perfection de l'acte, de l'instrument, que les parties rédigent contradictoirement pour asseoir leurs conventions synallagmatiques. Il est naturel, il est logique, dans ce cas, que chaque partie ait par devers elle la copie de l'acte qui engage l'autre partie. Mais quand la nature de l'acte et la position des parties résistent au fait double, n'est-il pas étrange qu'on réclame l'application, évidemment impossible de l'article 1325? N'oublions pas que ce que nous recherchons, ce n'est pas l'acte constitutif de la société. Celui-là ne serait pas valable s'il ne satisfaisait pas aux

(1) Straccha, Décis. de la rote de Gênes, XXXIX, n°s 1 et 2 : il cite Socin.

(2) *Contrà*, M. Duvergier, n° 82.

(3) V. mon comment. *de la vente*, t. 1, n°s 21 et 31.

exigences de l'art. 1325. Mais nous n'avons pas besoin de ce règlement primitif des rapports des associés. Il nous suffit de trouver la société en fonctions et témoignant de son existence par des pièces écrites. Or, je le répète, vouloir que ces pièces aient la formalité du fait double quand leur nature y répugne, c'est tomber dans l'exagération ; c'est ajouter à l'art. 1834 qui, en exigeant une preuve écrite de l'acte de société, ne fait pas une nécessité de produire l'acte primordial et constitutif, mais se contente de tout écrit portant la manifestation de la société. C'est oublier surtout qu'une reconnaissance n'est pas un acte synallagmatique, et que la signature de la partie dont elle émane suffit pour lui imprimer toute la force dont elle a besoin.

207. Ces observations, du reste, expliquent une difficulté que M. Duranton n'a pu résoudre, qu'en ressuscitant les sociétés tacites dont le Code civil ne veut plus.

Il se demande si, deux personnes déclarant acheter *en société* (1) une forêt sur la revente de laquelle ils doivent faire de grands bénéfices et qui a été mise aux enchères par son propriétaire, cet écrit ne vaudra pas comme preuve de société, quoiqu'il ne soit pas fait double. M. Duranton a bien senti que la nécessité du fait double heurtait le sens intime. Mais, pour l'écarter, il dit que c'est là une société tacite (2), et cette raison me paraît ne rien prouver du tout. La véritable est, à mon avis, celle que je proposais au numéro précédent : La déclaration de société faite dans l'acte d'adjudication est la reconnaissance d'un accord de société formé antérieurement, et cette reconnaissance est parfaite par la signature de ses auteurs.

---

(1) *Suprà*, n° 29, divers cas examinés.
(2) N° 342.

208. Quelquefois ce n'est pas sur la société même que porte la difficulté, c'est sur son exécution, la société étant du reste avouée. Charondas rapporte qu'un arrêt du parlement de Paris décida que la preuve testimoniale de l'exécution était admissible (1). Cet arrêt est approuvé par Dauty (2). Autre chose est la preuve de la société, autre chose est la preuve de son exécution ou de son inexécution.

209. On peut aussi prouver par témoins la dissolution de la société (3). Il est vrai qu'une maxime de droit a dit que *eodem jure res dissolvitur quo contrahitur.* Mais il n'y a pas de si bonne règle qui n'ait son exception. Une société peut finir autrement que par un accord réciproque : elle se termine par la mort, par la cessation de l'affaire, par l'épuisement du capital social, par la retraite volontaire d'un associé, malgré l'autre associé, etc. Tous ces incidens peuvent échapper à des preuves écrites; ils peuvent se prouver par écrit.

Et l'on ne serait pas fondé à objecter que ce serait aller contre et outre le contenu dans l'acte de société. Une société n'est pas destinée à durer toujours; elle a une fin nécessaire, et cette fin constitue un ordre de choses entièrement distinct.

210. Mais revenons à la preuve de la société elle-même.

La prohibition de la preuve testimoniale, si sagement édictée par l'article 1834, ne concerne que les parties contractantes, parce qu'elles ont toujours pu se procurer une preuve écrite (4); mais elle ne s'élève pas

---

(1) *Répons. du droit français*, liv. 7, ch. 210.

(2) P. 149, n° 53.

(3) Dauty, p. 149, n° 56. *Infrà*, n° 911.

(4) Arrêt de cassat. du 22 messidor an 9. *Questions de droit*, v° *Société*, § 1, n° 1, p. 540 et 548. *Infrà*, n° 229.

contre les tiers placés dans une situation bien différente (1). Les tiers n'ont pas été maîtres des associés au point de les obliger à constater par écrit leurs conventions sociales ; ils ont saisi la société au vol, ils l'ont acceptée sur la foi de sa parole, dans le moment rapide où elle est venue se présenter à eux pour obtenir leur crédit. L'article 42 du Code de commerce est ici le meilleur supplément du Code civil. Les annales de la jurisprudence sont pleines d'exemples de preuves de sociétés faites par des tiers, au moyen de témoignages oraux, de présomptions, de conjectures.

211. Bien entendu que les tiers ne sont recevables à cette preuve, qu'autant qu'ils entendent établir que les associés avec lesquels ils ont traité, agissaient ostensiblement comme membres d'une société : car si la société n'avait pas eu de révélation, si elle s'était cachée aux regards, les tiers n'auraient d'action que contre celui-là seul avec lequel ils ont contracté *nomine privato*. Je développerai cette idée dans mon commentaire des articles 1852, 1853 et 1854 : il me suffit de l'indiquer ici pour prévenir les méprises.

212. Mais dès l'instant que les associés se sont produits au dehors sous un titre social, l'article 1834 ne défend pas aux tiers de recourir aux preuves autres que l'écriture pour les ramener à la position d'associés qu'ils tenteraient de déserter.

Les auteurs anciens ont beaucoup parlé des présomptions par lesquelles les tiers peuvent arriver à la preuve de la société (2). Nous ne les suivrons pas dans leurs

---

(1) M. Duvergier, n° 77.

(2) Menochius, *De præsumpt.*, liv. 3, *præs.* 56.

Straccha, *Decis. rot. gen.*, décis. 39. Godefroy sur la loi 52, § 6, D. *Pro socio*, note 37.

Surtout Felicius, *De societate*, c. XI.

discussions. Les juges ont ici une souveraine appréciation. Je me contenterai de citer comme exemple un arrêt inédit de la Cour royale de Nancy, du 14 août 1828, rendu sur mes conclusions conformes (1) :

« Attendu que la société que le syndic (les tiers créanciers) prétend avoir existé entre Simonin et Charpentier, du 1er août 1827 au 4 mars 1828, pour l'exploitation de la forge de la Hutte, n'est constatée ni par acte public, ni par la transcription qui en aurait été faite au greffe, etc. ;

» Mais qu'il résulte de la représentation des livres, de la correspondance et *de la preuve testimoniale*, que lesdits Simonin et Charpentier ont formé entre eux, par acte sous seing privé, fait double, une société en participation, dont les opérations datent dudit jour 1er avril 1827 ;

» Qu'indépendamment de ces preuves, l'existence et la continuité de cette société pendant onze mois se justifient encore par l'*inventaire* fait à la fin de mars 1827, immédiatement avant l'ouverture de la société, par les *aveux* (2) que Charpentier a faits et réitérés qu'il était associé, par les *négociations* auxquelles il s'est livré, par la *qualité de maître de forges* que lui donnaient quelques-uns de ses correspondans, par le *versement* de sa mise de fonds dans la caisse sociale, et par l'emploi de son temps dans l'exploitation et la surveillance de l'usine, sans autre intérêt qne celui d'une partie des bénéfices ;

» Qu'en vain Charpentier a tenté de persuader que les achats de bois qui ont été faits, ainsi que les effets de commerce qui ont été souscrits durant l'existence de

---

(1) Cette société était commerciale ; mais l'arrêt qui juge les faits de la cause contient une appréciation qui peut très-bien être transportée dans toute espèce de société.

(2) Ils résultaient de discours rapportés par les témoins,

la société, constituaient des affaires commerciales distinctes et particulières à Simonin; mais qu'il paraît que *ces achats de bois* et ces effets de commerce ont été l'accessoire de l'entreprise principale, et qu'ils ont tourné au profit de la société, etc. (1). »

213. Cet arrêt, tout-à-fait juridique, me sert de texte pour condamner une opinion que je crois apercevoir dans M. Duvergier (2). Si j'ai bien compris, cet estimable auteur, tout en admettant les tiers à faire preuve de l'existence de la société dont il n'a pas été dressé acte, leur défend cependant d'user de la preuve testimoniale, et ne leur permet d'argumenter, dans leur intérêt, que d'*actes écrits* ou de *faits non contestés* qui supposent nécessairement l'existence de la société (3). Je crains de me tromper en prêtant à M. Duvergier ce sentiment que je désapprouve; mais si j'ai mal saisi sa pensée, ma critique tombera d'elle-même. Où peut-on puiser, je le demande, le principe de ces restrictions apportées au droit des tiers? Dans l'article 1341? Mais il n'est pas fait contre eux, il ne les concerne pas. Dans les anciens auteurs? Quoiqu'on en dise, ils n'enseignent rien de semblable. Outre que, dans leur nomenclature des indices de la société, on aperçoit un grand nombre de ces présomptions qui ne peuvent résulter que de faits sortis, en général, après controverse, de la preuve testimoniale, Felicius, l'un des plus graves auteurs en matière de société, a écrit positivement que les témoignages oraux, déposant d'actes de société, sont un grand moyen de preuve (4). De l'ancienne jurisprudence? Mais M. Du-

---

(1) *Infrà*, n° 230.
(2) N° 78.
(3) N° 78.
(4) C. XI, n° 12 : Probatur etiam per testes... ad hoc ut probent, debent deponere de *actibus socialibus*.

vergier la cite plutôt pour la combattre que pour l'approuver. Du reste, n'est-ce pas retirer aux tiers le droit qu'on leur donne, que de les cantonner dans la preuve écrite et dans des faits non contestés? Des *faits non contestés!!!* Mais je n'en ai presque jamais vu qui ne le fussent, et les associés sont même très-attentifs à les désavouer pour mieux échapper à leur influence : c'est pourquoi la preuve testimoniale est du plus haut intérêt et de la plus grande utilité; car c'est par elle qu'on ferme la bouche à des associés de mauvaise foi qui dénient, au jour du désastre, la société sur le succès de laquelle ils avaient compté. Eh! comment voulez-vous que moi, tiers, je prouve que tel, qui se dit simple commis, aujourd'hui qu'il faut payer les dettes, tandis qu'il jouait jadis le rôle d'associé quand il fallait en faire, agissait en maître, qu'il avait la haute main sur l'administration, qu'il exerçait son véto, qu'il achetait, vendait, faisait des approvisionnemens, se donnant comme de moitié dans l'affaire, que l'opinion publique le considérait comme tel, etc.; comment voulez-vous, dis-je, que je prouve tous ces faits si vous m'enlevez la preuve testimoniale? Quant à moi, qui ai été juge de plus d'un procès sur cette question, je déclare n'avoir jamais entendu soutenir par les sociétaires, les plus récalcitrans, l'inadmissibilité en droit de la preuve testimoniale.

214. Jusqu'ici nous nous sommes plus particulièrement préoccupés des sociétés civiles. Il est temps de passer aux sociétés de commerce. Sur ce terrain, nous trouverons tantôt plus de rigueur, tantôt moins de rigueur que dans l'article 1834; car, tandis que les sociétés civiles se forment par le consentement, il y a des sociétés de commerce qui requièrent, à peine de nullité, certaines solennités écrites. Et, d'autre part, tandis que le droit civil repousse la preuve testimoniale pour toute société civile dont l'objet excède 150 francs, il y a des

sociétés commerciales dont la preuve peut se faire par témoins, quelle que soit la valeur de leur objet.

Mais ceci demande quelques développemens.

215. Pendant très-long-temps, les sociétés de commerce, exemptes de formalités, n'ont reposé que sur la parole des contractans et sur les mentions de leurs livres (1). Si quelquefois on voulait dresser un acte écrit d'une société, le plus souvent on le rédigeait en un sous-seing privé, fait en autant de copies qu'il y avait de parties (2). Cet acte s'appelait *scripte* ou *recorde* de société : on avait coutume de l'enregistrer pour lui donner date certaine. C'est ainsi que l'on procédait par exemple à Marseille, et l'usage n'exigeait rien de plus (3), à moins que l'acte ne contînt quelque clause extraordinaire de nature à intéresser les tiers : dans ce cas, on avait soin de lui donner une suffisante publicité, sans quoi, le pacte était non avenu à leur égard (4). Les jurisconsultes rattachaient cet usage à un texte des lois romaines relatif à l'instituteur (5) : mais probablement la nécessité plutôt que l'imitation avait donné naissance à cette pratique du commerce moderne.

216. L'ordonnance de Roussillon de 1563 (6), et

---

(1) Straccha, *Decis. rotæ Genuæ*, 31, n° 2, dit que la société pouvait être tacite ; Toubeau, p. 92.

(2) Basset, t. 2, tit. 2, l. 5, c. XI, cite un exemple. *Infrà*, sur les art. 1862, 1863, 1864, n° 859.

(3) Basset, *loc. cit. Infrà*, *loc. cit.*, n° 859.

(4) Straccha, *Decis. rot. Genu.* decis. 14, n° 12; et Coquille cite n° 666.

(5) L. 11, § 2, D. *De inst. act.* : (Ulpien). « De quo palam proscriptum fuerit, *ne cum eo contrahatur*, is præpositi loco non habetur.... § 3 : *Proscribere palam* sic accipimus, claris litteris undè de plano recte legi possit; ante tabernam scilicet, vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur. »

(6) Sous Charles IX, art. 38.

celle de Blois de 1579 (1), furent les premiers actes du législateur qui songèrent à régulariser la forme des sociétés de commerce. L'article 357 de l'ordonnance de Blois était ainsi conçu : « Voulons que *toutes compagnies » jà faites ou qui se feront cy-après*, ENTRE LES ÉTRANGERS » étant en notre royaume, soient inscrites et enregis- » trées aux registres des bailliages et sénéchaussées, et » hôtels communs des villes, où ils seront tenus nom- » mer *tous leurs participans et associés*, sous peine de » faux. Ordonnons que ceux qui auront des banques » et sociétés *ne puissent avoir aucune action l'un contre » l'autre*, s'ils n'ont leur enregistrement contenu cy- » dessus (2). »

Mais cette ordonnance ne s'occupait que des sociétés formées par les étrangers, (Italiens pour la plupart), qui exploitaient le commerce du royaume. Ces étrangers étaient soumis à une surveillance particulière ; ils ne pouvaient trafiquer en France, pour fait de banque, qu'après avoir donné caution de quinze mille écus, et ils étaient tenus de renouveler cette caution de trois en trois ans (3). C'était une sûreté donnée au public français pour le cas de banqueroute vraie ou simulée. La disposition de l'ordonnance, sur la publication de leurs sociétés, se liait à un système de défiance. On ne voulait pas qu'au jour de la faillite, des associés cachés se présentassent comme créanciers, tandis que leur société les rendait passibles des pertes. Ainsi donc, les sociétés d'étrangers devaient être enregistrées dans les registres des bailliages et sénéchaussées, et des hôtels de ville ; sinon les sociétaires étaient sans action les uns contre les

---

(1) Sous Henri III.

(2) Néron, t. 1, p. 655.
Junge Toubeau, p. 91.

(3) Même article. V. là-dessus la note de Coquille.

autres. Toute demande en justice d'un associé contre son associé devait être appuyée de l'enregistrement; autrement elle n'était pas recevable. Du reste, l'ordonnance n'avait prescrit aucun délai de rigueur pour cet enregistrement.

La sagesse de ces dispositions était frappante; mais elles ne furent exécutées qu'avec mollesse; les étrangers cherchaient tous les moyens de s'y soustraire; les tribunaux ne les y ramenaient pas avec assez de fermeté.

217. Le commerce réclama. Vers la fin du règne d'Henri IV, les députés, assemblés à Paris pour le rétablissement du commerce, demandèrent que l'article précité de l'ordonnance de Blois fût remis en vigueur et rendu général (1). La célèbre ordonnance de janvier 1629 réalisa ce vœu. L'article 414 est ainsi conçu : « Voulons » que l'article 358 de l'ordonnance de Blois, touchant » la publication des *associations* entre marchands, et *dé-* » *sistemens d'icelles, ait lieu entre nos sujets,* ainsi qu'il est » ordonné pour les étrangers. »

Mais cette disposition se ressentit du peu de faveur que cette ordonnance, connue sous le nom de Code Michaud, rencontra auprès des parlemens. Elle ne fut pas exécutée, quoiqu'elle fût l'expression des doléances des trois états (2) et du désir du commerce.

Les abus se prolongèrent donc.

218. Tantôt plusieurs personnes s'associaient, dont

---

(1) Regist. des délib. de la chambre du commerce du 31 août 1604. (Biblioth. royale, MSS. Colbert, n° 9829, 5, 5.) Toubeau dit l'avoir vu *dans la bibliothèque de M. Colbert* (p. 92). Moins heureux que lui, je n'ai pu en prendre lecture à la Bibliothèque royale. M'y étant présenté à deux reprises différentes, il m'a été dit que le manuscrit avait été prêté, et que je ne pouvais en avoir communication ! ! !

(2) V. son préambule.

deux seulement avaient la signature sociale. S'il arrivait une faillite, eux seuls étaient sacrifiés pour tous les autres; ils étaient éditeurs responsables de tous les actes sociaux; quant à leurs co-associés, on en ôtait la connaissance au public, et ils se retiraient à propos pour ne pas payer les dettes de la société (1).

219. Tantôt les commanditaires, évitant avec un soin frauduleux de dresser un acte public de leur société, se faisaient porter sur les livres du marchand comme créanciers de leur mise, et, à la faveur de ce mensonge, ils entraient en concours avec les créanciers, auxquels, en bonne justice, ils auraient dû abandonner leur mise sociale pour faire honneur aux dettes que la société avait contractées dans leur intérêt (2).

220 C'est pour remédier à ces abus et pour ramener la bonne foi dans les sociétés que l'ordonnance de 1673 (3) crut devoir raviver les prescriptions de l'ordonnance de 1629 (4), et même les rendre plus sévères.

L'article 1er du titre des sociétés porte : « Toute société » générale ou en commandite sera rédigée par écrit, par » devant notaires ou sous signature privée, et ne sera » reçue aucune preuve par témoins contre et outre le » contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allé» gué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore » qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent » livres. »

L'article 2 ajoutait : « L'extrait des sociétés entre » marchands et négocians, tant en gros qu'en détail, » sera registré au greffe de la juridiction consulaire, s'il » y en a, sinon en celui de l'hôtel commun de la ville; et

---

(1) Savary, t. 1, p. 350.
(2) *Ibid.*, p. 366.
(3) V. son préambule.
(4) Toubeau, p. 92.

» s'il n'y en a point, au greffe de nos juges des lieux ou de » ceux des seigneurs, et l'extrait inséré dans un tableau » exposé en lieu public, *le tout à peine de nullité des actes* » *et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs* » *créanciers et ayans-cause.* »

L'article 3 : « Aucun extrait ne sera enregistré s'il » n'est signé ou des associés, ou *de ceux qui auront souf-* » *fert la société,* et s'il ne contient les noms, surnoms, » qualités et demeures des associés, et *les clauses ex-* » *traordinaires,* s'il y en a, *pour la signature des actes, le* » *temps auquel elle doit commencer et finir,* et ne sera répu- » tée continuée s'il n'y en a un acte par écrit pareille- » ment enregistré et assorti. »

Enfin l'article 6 : « Les sociétés *n'auront d'effet* à l'é- » gard des associés, leurs veuves, héritiers, *créanciers,* » *ayans-cause,* que du jour qu'elles auront été enregis- » trées et publiées au greffe du domicile *de tous les con-* » *tractans et du lieu où ils auront négocié.* »

221. On voit que l'ordonnance de 1673 allait beaucoup plus loin que les précédentes. Comparant la société commerciale à une personne dont l'état civil est constaté dans des registres publics ; elle voulut que sa naissance et sa fin reçussent une publicité salutaire au crédit, et qu'elle ne pût entrer valablement en fonctions sans avoir proclamé sa formation solennelle. Faute par elle de constater ainsi son état civil, elle est nulle ; et cette nullité a lieu non-seulement entre associés, mais encore (chose exorbitante et nouvelle) à l'égard des tiers (1).

Ainsi, si un associé n'était pas content de son associé, il pouvait se fonder sur le défaut de la formalité pour faire cesser l'association (2). De même, un marchand ayant prêté à terme de la marchandise à une so-

(1) Savary, t. 1, p. 350.
(2) Toubeau, p. 92, 93.

ciété qui avait négligé l'enregistrement et l'inscription, était en droit d'exiger, quand il le voulait, son paiement, quoique le terme ne fût pas arrivé (1). Bien plus, les associés eux-mêmes auraient pu prétexter du défaut d'enregistrement pour contester les droits des tiers avec lesquels ils avaient traité (2).

Tels étaient les effets de l'ordonnance. Il est impossible de contester sérieusement qu'ils ne découlassent de son texte.

222. Mais à peine l'ordonnance de 1673 avait-elle été promulguée, que déjà les esprits les plus rigides reculaient devant les difficultés de son application. Savary, l'un de ses auteurs, se demandait avec inquiétude en présence de cette nullité : Que deviendront les profits ? à qui appartiendront-ils ? qui paiera les dettes ? les associés retireront-ils leurs mises ? laisseront-ils le reste au premier occupant ? la société ne doit-elle avoir aucun effet pour personne ni activement ni passivement ? peut-on prêter à l'ordonnance cette pensée *injuste* et *déraisonnable* (3) ? a-t-elle voulu annuler le contrat de société lui-même, ou bien la nullité ne porte-t-elle que sur les actes et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayans-cause (4) ?

223. C'est probablement à cause de ces difficultés et des surprises, qui pouvaient en résulter, que ces dispositions de l'ordonnance de 1729 tombèrent en désuétude. Malgré les recommandations de Savary, la pratique négligea des moyens de publicité si avantageux pour le crédit ; et huit ans après la promulgation de l'ordonnance, le parlement de Paris jugeait, par arrêt du 21

---

(1) Toubeau, p. 92, 93.
(2) *Infrà*, n° 224.
(3) Savary, *Parère*, 40, p. 528, 529.
(4) *Ibid.*, p. 527.

juillet 1680, que, nonobstant le défaut d'enregistrement, il fallait exécuter les sociétés d'ailleurs constantes (1). L'usage du commerce et des tribunaux était devenu général en ce sens (2).

224. Le commerce en souffrait cependant. Dans un mémoire des syndics de la chambre du commerce de Normandie, concernant les modifications à faire à l'ordonnance de 1673, on lit ce qui suit (3) :

« Cet article de l'ordonnance (l'article 2) est le moins observé, QUOIQUE LE PLUS NÉCESSAIRE AU PUBLIC *exposé journellement à être la dupe de prétendus associés.* On a retranché dudit article *la nullité des actes passés avec les créanciers et leurs ayans-cause,* n'étant pas juste qu'un défaut d'enregistrement, *arrivé par la seule faute des associés*, puisse retomber sur les personnes qui auraient confié leur bien de bonne foi auxdits associés. On avance même qu'il y en a eu d'assez téméraires *pour oser se prévaloir desdits termes*, et, vu le défaut d'enregistrement de leur société, *contester* le paiement des dettes de leur société. La clause que l'on substitue obligera tous associés, même malgré eux, à subir une loi aussi essentielle pour la sûreté publique. »

Voici, en effet, comment le mémoire proposait d'amender l'ordonnance :

« L'extrait des sociétés entre marchands et négocians,
» tant en gros qu'en détail, sera registré au greffe de la
» juridiction consulaire, s'il y en a; sinon en celui de
» l'hôtel commun de la ville, et, s'il n'y en a point, au
» greffe de nos juges des lieux ou de ceux des seigneurs,

(1) Brillon, *Société*, n° 2.
(2) Rogues, t. 2, p. 241.
M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, a accumulé les autorités, § 1.
(3) Manuscrit de la Bibliothèque royale, Lancelot, n° 105.

» et l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu pu-
» blic, le tout *à peine de nullité de tous actes et contrats*
» *passés au profit desdits associés*, et de 2000 livres d'a-
» mende. Défendons à tous juges de prononcer aucune
» condamnation au profit desdits associés, *à moins qu'ils*
» *n'aient connaissance dudit enregistrement.* »

225. Ces idées restèrent en projet; et les sociétés commerciales marchèrent dégagées de formes solennelles, et abandonnées, tant entre les associés qu'à l'égard des tiers, aux preuves ordinaires (1).

226. Le Code de commerce a mis fin aux alternatives que je viens de retracer; il a vaincu ces caprices du négoce qui demandait des règles, et s'en affranchissait. Les formes de la société commerciale sont règlementées avec une force obligatoire, à laquelle la Cour de cassation soumet avec fermeté les infracteurs.

Et d'abord, l'article 39 veut que les sociétés en nom collectif et en commandite soient constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil.

La portée de cet article est celle-ci : l'écriture est de l'essence de la société commerciale en nom collectif et en commandite : vainement les parties voudraient-elles prouver leur association par des aveux, des commencemens de preuves par écrit soutenus de la preuve testimoniale. Ces moyens de preuve, admis pour les sociétés civiles, ne sont pas recevables pour les sociétés de commerce. Rien ne peut suppléer à l'acte social (2). Ainsi le veut la combinaison de l'article 39 avec l'article 42, dont je parlerai tout à l'heure. Car l'article 42, en exigeant, à

---

(1) Voyez les arrêts cités par M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, n° 1, 2, 3.

(2) *Répert.*, v° *Société*, p. 699, de M. Merlin.

Contrà MM. Malpeyre et Jourdain, n° 176.

peine de nullité, la remise au greffe d'un extrait de l'acte de société, suppose nécessairement que cet acte doit être rédigé par écrit. Bientôt nous verrons les effets de cette nullité (1). Quant à présent, nous ferons remarquer que la loi nouvelle a voulu prévenir un inconvénient signalé par Toubeau , c'est-à-dire, de voir à tout moment des associés plaider les uns contre les autres dans les juridictions consulaires, dénier de véritables sociétés, en alléguer témérairement de tout-à-fait fausses (2). La loi a voulu qu'il n'y eût plus à plaider là-dessus, et que l'écriture fût le grand moyen préventif de tous ces litiges.

Au surplus, pour mieux se convaincre de la vérité de cette opinion, il suffit de lire la discussion qui eut lieu au conseil d'État (3) et l'opinion de M. Berlier. Dans la volonté du conseil, l'article 41 a été regardé comme essentiellement lié à l'article 42, et comme contenant la stricte obligation d'écrire les contrats de société en nom collectif et en commandite.

Cette règle est si générale, qu'elle s'appliquerait aux sociétés en nom collectif ou en commandite dont l'objet serait d'une valeur inférieure à 150 francs, si la pratique pouvait en offrir des exemples.

227. Mais prenons garde à deux choses :

La première, c'est que si des actes positifs, comme lettres, correspondance, aveux, prouvent l'existence d'une société de fait intervenue entre les parties, le passé devra être respecté ; il faudra donner effet aux rapports qui auront existé; la bonne foi le veut ainsi. D'ailleurs, si la société ne vaut pas comme société pour

---

(1) *Infrà*, nos 238 et suiv.
(2) Pag. 87.
(3) Locré, t. 17, p. 200, 201.

l'avenir, elle vaut pour le temps écoulé comme communauté. C'est ce qu'a très-bien jugé la Cour de Paris par un arrêt du 27 janvier 1825 (1), dont le véritable sens n'a pas toujours été bien compris (2), mais qui se classe à merveille dans la jurisprudence dont nous parlerons au numéro 249.

228. La seconde, c'est que notre règle n'a été faite que pour les sociétés en nom collectif et en commandite, et qu'il ne faut pas l'étendre aux sociétés en participation; car (comme nous le verrons plus tard) ces associations ne sont pas assujéties aux règles des autres sociétés. C'est pourquoi les tribunaux seraient fondés à admettre toutes les preuves ordinaires pour remplacer l'acte constitutif d'une participation (3).

229. De plus, l'empire de notre règle n'est si absolu qu'entre associés : ne concerne pas les tiers.

« La société une fois prouvée, disait M. Treilhard, » *ne fût-elle pas constatée par un acte,* les obligations con» tractées en son nom, au profit des tiers, n'en doivent » pas moins avoir leur effet (4). » Il est bien reconnu que les associés ne peuvent opposer aux tiers le défaut d'un acte constitutif de la société (5). Il ne serait pas juste d'imputer aux tiers ce qui n'a eu lieu que par le fait des associés (6).

230. La preuve testimoniale est même ouverte aux

---

(1) D. 25, 2, 151.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain le croient à tort favorable à leur thèse.

(3) Treilhard (Locré, t. 17, 193).

(4) Disc. du Code de commerce (Locré, t. 17, p. 200).

(5) M. Merlin, *Quest. de droit*, § 1, p. 543.

(6) V. les observations de la chambre du commerce de Rouen, n° 224, *suprà.*

tiers (1) ; le plus souvent elle est leur principal moyen de ramener les négocians, avec lesquels ils ont contracté, au contrat de société, qu'ils veulent frauduleusement supprimer.

231. Il ne suffit pas que les sociétés en nom collectif et en commandite soient rédigées par écrit ; une autre formalité, non moins importante, est ordonnée par l'article 42 du Code de commerce. L'extrait des actes de ces sociétés doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

Si la société a plusieurs maisons de commerce, situées dans divers arrondissemens, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

On verra plus tard que la peine de nullité est attachée à l'omission de cette formalité (2).

232. Indépendamment de cet extrait, ainsi transcrit et affiché, un décret du 22 février 1814 a voulu que, dans le délai de l'article 42 du Code de commerce, et sous la même peine, on insérât cet extrait dans les affiches judiciaires et dans le journal du commerce du département où la société est située. De plus ! il rend cette insertion également nécessaire et pour les actes constitutifs des sociétés, et pour les changemens apportés dans leurs statuts.

---

(1) *Suprà*, n°s 212, 213.
Cassat., 23 novembre 1812.
M. Merlin, *Répert.*, v° *Société*, p. 700.
Quest. de droit, § 1, p. 543, 544.
M. Pardessus, t. 4, n° 1007.

(2) N° 239.

Cependant, des controverses s'élevèrent sur la constitutionnalité de ce décret. Il émanait de l'impératrice Marie-Louise, et il était douteux que la régence, dont elle avait été investie, lui eût attribué la plénitude de l'autorité impériale. Un arrêt de la Cour de cassation, du 13 mars 1832, le déclara illégal et non obligatoire (1).

Mais comme l'addition qu'il faisait au Code de commerce était fondée sur des motifs sérieux, une loi du 31 mars 1833, reprenant son idée, la formula d'une manière définitive. Cette loi exige, de plus, que le numéro du journal contenant l'extrait soit enregistré dans les trois mois de sa date, le tout à peine de nullité.

233. Mais que doit contenir l'extrait remis au greffe?

L'article 43 va nous le faire savoir.

Ou la société est en nom collectif, ou elle est en commandite.

Si elle est en nom collectif, l'extrait doit contenir :

1° Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés. La société en nom collectif s'alimente par le crédit personnel de ses membres, qui tous sont solidaires à l'égard des tiers : ceux-ci ont donc le plus grand intérêt à les connaître, afin de mesurer le degré de confiance dont ils sont dignes.

2° La raison de commerce de la société. C'est la raison qui est le nom de la société ; c'est par elle que la société se manifeste en public et traite avec les tiers.

3° La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société : ceci est surtout capital pour les tiers. Combien n'est-il pas important qu'ils connaissent ceux des associés qui sont constitués administrateurs de la société et ses représentans dans ses rapports extérieurs ? Combien surtout

---

(1) D. 32, 1, 113.

n'est-il pas nécessaire qu'on sache à qui la signature sociale a été déléguée, avec le pouvoir énorme d'engager par elle la société (1) !

4° L'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir (2).

L'extrait doit être signé par les notaires, si l'acte est rédigé en forme notariée, et par tous les associés en nom collectif, s'il est sous seing privé. (Art. 44.)

234. Quand la société est en commandite, l'extrait ne doit pas contenir les noms des actionnaires ou commanditaires; il suffit de désigner le montant des valeurs fournies ou à fournir par eux. La raison en est simple : les commanditaires ne sont pas indéfiniment responsables; ils n'exposent que des capitaux et ne sont tenus que jusqu'à concurrence du montant de ces capitaux. Il était donc inutile d'offrir leurs noms aux regards des tiers ; souvent même cette obligation aurait éloigné les capitaux civils des associations en commandite : car beaucoup de pères de famille, magistrats, fonctionnaires, propriétaires, ne consentent à y entrer qu'à la condition de n'être pas connus.

235. Remarquons, du reste, que, pour être exact, l'extrait ne doit pas compter, comme faisant partie de la commandite, les valeurs apportées par le gérant. Ces valeurs n'ajoutent rien aux forces que ce dernier offre au public comme garantie, puisqu'elles sont un élé-

---

(1) *Infrà*, comm. de l'art. 1856, et le passage de Coquille sur la publication au prône du nom des maîtres des sociétés villageoises du Nivernais, et les lois romaines invoquées par argument.

(2) Balde, *cons.* 120, et tous les docteurs sur la loi *Socius D. Si certum petatur*, recommandent que l'acte de société fasse mention du temps que doit durer la société. *Junge* Toubeau, p. 87. *Infrà*, n°s 520, 521, 522.

ment de son patrimoine et qu'elles sont de plein droit le gage des tiers envers lesquels il est indéfiniment tenu. L'extrait n'est donc sincère que lorsqu'il signale, comme fonds commandité, les seules valeurs qui viennent s'ajouter au patrimoine du gérant et accroître son crédit (1).

236. Du reste, l'extrait doit faire connaître la raison sociale, les administrateurs et gérans sur lesquels se concentre l'action solidaire des tiers, l'époque de la naissance et de la fin de la société.

237. Pour que l'extrait soit reçu, il doit être signé par les gérans de la commandite. La signature des commanditaires n'est pas requise, par les raisons que je donnais au numéro 234. Soit que le capital soit divisé par actions, soit qu'il ne le soit pas, ce sont les seuls gérans qui doivent certifier l'extrait, véhicule de la publicité.

238. Au demeurant, on remarquera la sagesse avec laquelle le Code de commerce a concilié les besoins du crédit avec le secret nécessaire, dans une certaine mesure, à la commandite. L'ordonnance de 1673 avait voulu que les commandites, faites entre négocians, fussent publiées, et que les noms de leurs membres figurassent sur les extraits; mais les sociétés en commandite contractées par un négociant avec un simple particulier restaient secrètes. Quels que fussent les inconvéniens de ce mystère alors qu'une faillite venait à accabler le gérant, l'ordonnance de 1673 s'était résignée à les subir : elle n'avait pas su trouver de milieu entre la publicité absolue et le secret absolu.

Au dix-huitième siècle, des idées de réforme furent émises; mais elles étaient mal digérées et inefficaces.

---

(1) Pardessus, t. 4, 10, 1032.
M. Fremery, p. 56.

Par exemple, les syndics de la chambre du commerce de Normandie, dans leurs observations sur l'ordonnance de 1673, proposaient de déclarer, par addition à l'article 8, que les sociétés en commandite ne seraient pas tenues à l'enregistrement, *sauf aux négocians sous le nom desquels seraient lesdites sociétés de les déclarer, en cas de faillite, à leurs créanciers, sous peine de punition* (1).

Pour motiver cette opinion, les syndics disaient :

« La société en commandite n'intéresse pas le public, la personne sous le nom *de qui elle est, n'ayant de crédit que celui que son nom seul et sa capacité lui donnent.* Il pourrait même être dangereux que le public en fût informé, en ce que, le sachant dépositaire de plus gros fonds que l'opinion publique ne lui attribue de fortune, on pourrait être engagé à lui faire des crédits plus considérables, et le porter ainsi à des entreprises téméraires qui pourraient devenir la cause de la perte de la société.

» Le public est néanmoins intéressé *à le savoir,* DANS LE SEUL CAS *de faillite.* Celui sous le nom de qui est la société pourrait porter son associé comme son créancier, et non comme son associé, et contribuable conséquemment aux dettes de la société pour le fonds par lui mis dans la société. On remédie à cet inconvénient en obligeant lesdits négocians, en cas de faillite, de déclarer à leurs créanciers leurs sociétés en commandite, sous peine de punition.

» Quoique l'ordonnance n'ait point distingué lesdites sociétés lorsqu'elle a prescrit l'enregistrement de toutes sociétés entre marchands, *on n'en a vu enregistrer aucune en commandite*, et on a été également exposé à l'inconvénient qu'on vient de citer. »

A mon avis, la chambre de commerce de Normandie

---

(1) Manuscrit de la bibliothèque royale. Lancelot, n° 105.

se laissait aller à de puériles terreurs, quand elle considérait comme dangereuse la connaissance des valeurs mises dans la commandite; elle ne tenait pas compte, d'ailleurs, des grands développemens que cette société avait pris, et des services qu'elle était destinée à rendre au commerce; enfin elle ne remédiait à rien par une punition que la fraude aurait pu facilement rendre stérile.

Le Code de commerce, au contraire, a vu les dangers de la clandestinité, et ses mesures pour les prévenir sont prudentes et énergiques. Une idée simple, mais inaperçue avant lui, permet de mettre d'accord la publicité voulue par le crédit, avec le secret exigé par la considération des personnes.

Les valeurs qui forment le gage des tiers seront connues; ce point est indispensable, quoiqu'en aient dit les négocians de Rouen. Mais les personnes ne seront pas exposées à une publicité fâcheuse; les gérans seuls, qui ont assumé une responsabilité personnelle, figureront dans l'extrait offert aux regards du public.

239. Voyons maintenant la sanction de ces diverses formalités. L'art. 42 du Code de commerce veut qu'elles soient observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; et cette peine est adoptée par la loi de 1833 pour les formalités qu'elle prescrit (1). Mais, quant aux tiers, le défaut d'aucune d'elles ne peut leur être opposé par les associés.

Ainsi, les tiers sont à l'abri de toute objection prise du défaut de formalités : on ne peut s'en prévaloir contre eux. L'art. 42 a pleinement réalisé le vœu de la chambre

(1) Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 13 février 1830, décide que l'art. 42 doit être lié aux art. 43 et 44, et que la peine de nullité les domine tous.

D. 33, 2, 167.

du commerce de Normandie (1) : c'est seulement contre les associés que la nullité peut être rétorquée.

Mais ici se présentent plusieurs difficultés.

Quelle est l'étendue de cette nullité? quelle est sa nature? est-elle absolue? est-elle relative? n'a-t-elle été établie que dans l'intérêt des tiers contre les associés? ou bien les associés peuvent-ils s'en prévaloir les uns contre les autres? est-elle susceptible d'être couverte? quels sont ses effets sur les actes accomplis?

On pressent que de graves réponses sont au fond de ces questions.

240. Dans l'origine, M. Delvincourt avait pensé que l'article 42 n'avait prononcé la peine de nullité que pour empêcher les associés d'opposer la société aux tiers, en faveur desquels ont été introduites les formes solennelles ci-dessus détaillées (2) : et cette opinion a une couleur d'équité qui séduit au premier coup d'œil.

Néanmoins la rigueur de l'article 42 la condamne : c'est ce qui devient évident si l'on suit la marche des discussions qui l'ont engendré.

Le projet de code ne contenait pas de sanction pénale de la publication : quelques tribunaux réclamèrent. Ici l'on demanda une amende (3); là, la défense aux associés de s'opposer l'un à l'autre le défaut de publication, et d'intenter une action sociale tant qu'il n'y avait pas de publication (4).

(1) *Junge* tribunal de commerce de Reims.
Observations sur le Code de commerce, t. 3, p. 381.

(2) M. Delvincourt, *Instit. du droit comm.*
M. Massé, *Parfait notaire*, t. 2, p. 343.

(3) Toulouse, Observations sur le projet de Code de commerce, t. 1, p. 445.

(4) Paris, t. 1, p. 387.
Rennes, t. 2, p. 299.
Lyon, t. 2, p. 530.
Rouen, t. 3, p. 322.

Au conseil d'État, M. Merlin appela l'attention sur cette omission de sanction pénale. On parla de prononcer une amende. M. Regnaud la voulait applicable, non-seulement dans le cas de faillite, mais toujours, dans tous les cas et sur les réquisitions d'office du ministère public.

C'est alors que M. Treilhard réveilla la peine de nullité de l'ordonnance de 1673, non pas avec extension de cette peine aux tiers, ainsi que cette ordonnance le voulait dans un sentiment d'exagération qui lui fit manquer le but, mais restreinte dans ses effets aux associés, tous coupables du défaut d'enregistrement. M. Treilhard représenta cette peine comme beaucoup plus efficace que celle de l'amende. Vainement M. Regnaud insista-t-il pour signaler les inconvéniens de la nullité de la convention ; inconvéniens qui avaient fait avorter les prescriptions de l'ordonnance de 1673 ; vainement montra-t-il que l'on satisfaisait à toutes les exigences raisonnables, en se bornant à forcer à la publicité par une amende ; vainement, enfin, M. Cambacérès se joignit-il à M. Regnaud pour prouver que cette doctrine *était seule raisonnable*, d'autant qu'on ne pourrait pas empêcher qu'il n'y eût eu des affaires de faites en société. La majorité du conseil céda à la parole de M. Treilhard. On rejeta la proposition d'une amende, et l'article 42 fut adopté tel qu'il est aujourd'hui (1). Le sens de cette discussion ne saurait laisser de doute. M. Treilhard a voulu évidemment armer les associés les uns contre les autres pour les forcer à l'enregistrement ; il a voulu les prendre par la défiance, par la crainte des surprises réciproques.

---

(1) V. cette discussion dans M. Merlin, qui y prit part. *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 545.

Au surplus, la jurisprudence est maintenant fixée (1); elle est même bien éloignée, à l'heure qu'il est, du point de départ si réservé de M. Delvincourt, comme nous allons le voir (2).

Il est donc vrai que les associés sont fondés à se prévaloir entre eux de la nullité de la convention : règle sévère, et contre laquelle l'équité et la bonne foi ont souvent protesté. Mais le législateur a été mu par des idées d'un autre ordre. Tout associé qui néglige la publication de l'acte social lui a paru animé d'un esprit de dol contre les tiers. Il a voulu qu'il fût puni par le refus de la protection de la loi à une convention ainsi dissimulée.

241. Mais du moins la nullité est-elle de celles qui ne peuvent être couvertes? La jurisprudence a marché sur cette question d'oscillations en oscillations. Elle se partage en deux camps opposés, l'un qui veut que la nullité soit susceptible d'être couverte, l'autre qui soutient qu'elle doit toujours être prononcée (3). Voyons les principaux monumens sur lesquels elle se balance.

242. Commençons par les arrêts favorables à la première opinion.

1° Une société, formée en 1817 entre Fontenilliat et Manoury, n'avait été transcrite et affichée au greffe du tribunal de commerce qu'en 1819, et elle n'avait pas été publiée dans les affiches judiciaires et le journal du

---

(1) Cassat. req., 2 juillet 1817. M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 545. Dal., *Société*, p. 109. MM. Malpeyre et Jourdain, n° 185.

(2) N° 247.

(3) L'affirmative est enseignée par MM. Pardessus, Malpeyre et Jourdain, n° 185, et M. Persil fils, p. 214, 215. — Pour la négative, M. Horson, t. 1, q. 19, p. 74. — M. Fremery doit être consulté, p. 50, 51.

département, ainsi qu'il est prescrit par le décret du 12 février 1814, à peine de nullité. Cette société se livra à des opérations de commerce et fonctionna pendant sept ans. A cette époque des difficultés survinrent entre les parties; Fontenilliat demanda la nullité de la société pour violation de l'article 42 du Code de commerce et du décret du 12 février 1814 : mais il échoua devant la Cour royale de Rouen et devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation (1). Les motifs donnés par la Cour régulatrice sont dignes de remarque. Non-seulement Fontenilliat avait exécuté le contrat pendant sept ans; mais cette exécution, bien plus grave qu'une simple exécution de fait, avait été accompagnée *de reconnaissance judiciaire;* il avait demandé *en justice* la continuation de la société : il était donc non recevable à en demander plus tard la nullité.

243. 2° Cette circonstance d'une déclaration judiciaire de reconnaissance, à laquelle la Cour de cassation attachait tant d'importance, ne se rencontrait pas dans l'espèce suivante jugée par la Cour royale de Grenoble; et néanmoins le demandeur en nullité échoua également.

Société entre Lavauden et Milleret. Ces deux individus n'habitaient pas la même ville. Lavauden écrit à Milleret pour lui proposer des modifications à leur pacte social; ce dernier refuse. Mais comme l'acte n'avait été ni enregistré ni publié, il lui donne cette double formalité, et fait savoir de nouveau à Lavauden qu'il ne veut pas discéder de leurs conventions primitives; et toutefois il actionne son co-associé en nullité de l'acte de société pour défaut de transcription et d'affiches en temps utile. Accueillie par le tribunal de première instance comme fondée sur une nullité d'ordre public, cette demande

(1) 12 juillet 1825 (D., 25, 1, 351. S., 26, 1, 403).

fut repoussée sur l'appel par arrêt du 22 juillet 1823 (1). La Cour fut frappée de l'insistance de Millerct à persister dans la société, de sa volonté hautement manifestée de ne pas sortir du pacte social, motif pour lequel il en avait procuré l'enregistrement et la publication. Ces circonstances parurent de nature à élever une fin de non recevoir contre son tardif changement de volonté.

244. 3° A ces deux arrêts vient se joindre une décision de la Cour de Bordeaux, du 16 décembre 1829, d'autant plus digne d'être prise en considération, qu'elle a été rendue sous la présidence de M. Ravez, l'un de nos plus savans jurisconsultes (2).

« La nullité de l'article 42, dit cet arrêt, n'est pas » tellement absolue qu'elle ne puisse être valablement » couverte par *la renonciation des parties à s'en prévaloir,* » *par la reconnaissance et l'exécution de la société, et par sa* » *dissolution volontaire.* »

C'est pourquoi les juges ne peuvent prononcer d'office la nullité de la société.

245. 4° Et comment serait-ce une nullité absolue? ajoute la Cour de Bruxelles (3). Elle n'a pas lieu contre les tiers. Ainsi rien n'empêche les parties d'y renoncer d'un commun accord, de ratifier l'acte et de donner une exécution volontaire aux obligations qu'il contient. Il serait contraire à la bonne foi qu'un des associés, après avoir retiré de la société des avantages importans, pût en provoquer la dissolution anticipée, sous prétexte d'une nullité qu'il a couverte par une ratification volontaire.

246. Quelque graves que soient ces décisions, il en

---

(1) D., *Société*, p. 111.
S., 24, 2, 33.

(2) D. 30, 2, 259.
S. 30, 2, 229.
Palais, 1830, t. 2, p. 62.

(3) 16 janvier 1830 (D., 33, 2, 167).

est d'autres qui font avec elles l'antagonisme le plus direct.

Une société avait été formée, transcrite et publiée conformément à l'article 42 du Code de commerce et à la loi du 31 mars 1833 ; mais l'exemplaire du journal, dans lequel l'insertion avait été faite, n'avait pas été enregistré dans les trois mois de sa date, ainsi que cette loi l'exige, à peine de nullité.

Après un certain temps de paisible exécution, un des associés se repentit tout à coup, et demanda la nullité de la société. Vainement ses co-associés se prévalurent de divers actes qui, suivant eux, devaient faire considérer la nullité comme couverte ; ils échouèrent devant toutes les juridictions ; et, sur le pourvoi, la chambre des requêtes de la Cour de cassation statua ainsi par arrêt du 30 janvier 1839 :

« Attendu que cette formalité de l'enregistrement » *étant, dans l'espèce,* D'ORDRE PUBLIC, il devient inutile » d'examiner si le défendeur éventuel a ou non exécuté » l'acte de société (1). »

247. Et c'est la physionomie que la Cour royale de Lyon avait donnée, la première, à l'article 42 du Code de commerce, par un arrêt fortement raisonné (2). Cette Cour établit que la nullité a été édictée dans l'intérêt général des tiers et dans une vue d'ordre public ; que c'est le cas d'expliquer la maxime *quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere.* Peu importe qu'une publication complète ait eu lieu après la quinzaine accordée par l'article 42, et avant qu'aucune réclamation ne

(1) S., 39, 393, 394.
(2) 24 juillet 1827.
S., 27, 2, 183.
D., 28, 2, 12.
M. Horson le donne tout au long, t. 1, p. 75.

fût élevée; peu importe qu'à la suite de cette publication tardive la société ait subsisté pendant deux ans. Rien ne saurait empêcher la nullité d'opérer une séparation entre les parties; elles sont toutes inexcusables d'avoir manqué à la loi. Seulement, on liquidera leur société de fait, conformément à leurs arrangemens écrits.

Les mêmes principes se retrouvent dans un arrêt de Nîmes, du 9 décembre 1829 (1); et la Cour de Bruxelles, contraire à elle-même, les a adoptés le 13 février 1830 (2). Depuis, les arrêts se sont multipliés (3), et la jurisprudence paraît maintenant fixée dans le sens le plus rigoureux. N'avais-je pas raison tout à l'heure de dire que les scrupules de M. Delvincourt n'arrêtent plus personne (4)?

248. Au surplus, on peut censurer la loi pour être si rude et si absolue; mais on ne peut maudire le juge qui l'applique telle qu'elle est faite. — Oui! la jurisprudence a tiré les conséquences nécessaires du principe de nullité déposé dans l'art. 42 du Code de commerce, et fortifié par le décret du 12 février 1814 et par la loi du 31 mars 1833. Elle a bien fait de sortir du système de ratifications et confirmations volontaires, qui faussaient la volonté de la loi et démentaient son esprit.

Au surplus, cette loi est-elle si cruelle qu'on veut bien le dire? L'intérêt des tiers n'exigeait-il pas de fortes garanties contre les dissimulations de sociétés, contre

---

(1) D., 30, 2, 67.
S., 30, 2, 107.

(2) D. 33, 2, 167.
S., 30, 2, 130.

(3) Toulouse, 22 avril 1837.
S., 37, 2, 442.
Bordeaux, 5 février 1841.
S., 41, 2, 219, et autres rapportés par l'arrêtiste à la note de cette page 219.

(4) *Suprà*, n° 240.

les modifications dolosives de leurs pactes? Faut-il accorder tant d'intérêt aux associés réfractaires qui, par leurs réticences, annoncent une pensée de fraude (1) et sont indignes de la protection de la loi?

249. Néanmoins, tout illégale qu'elle est, la société non publiée n'en est pas moins un fait accompli, qui a donné lieu à des rapports sociaux, et son passé ne peut disparaître sans laisser de traces. Que M. Locré ait pensé qu'il ne fallait tenir aucun compte de cette société de fait, qu'il ne devait y avoir lieu, même pour le temps écoulé, à aucune communauté de perte et de gains (2); c'est une opinion tellement exagérée qu'il serait superflu de la discuter. Il y a des affaires qui ont été faites en commun; on doit les régler d'après l'intention des parties (3), à moins de vouloir faire des sociétés de fait une espèce d'état sauvage, où il n'y a ni droit ni protection. Comme le disait Savary dans un passage que j'ai cité au nº 222, est-ce qu'il n'y a pas des mises à retirer? Est-ce qu'il faut laisser la surplus au premier occupant?

Hâtons-nous de dire que la jurisprudence a rarement hésité là-dessus. Presque toujours ses décisions ont, pour le passé, soumis les associés à la loi qu'ils avaient donnée, à leurs intérêts privés (4).

Il est cependant un point sur lequel j'ai été témoin d'une controverse digne d'être rapportée. Tout en convenant que la société avait laissé pour le passé des tra-

---

(1) M. Berlier (Locré, t. 17, p. 200).

(2) Esprit du Code de commerce, art. 42, nº 4.

(3) M. Cretet, Disc. au conseil d'État, dans M. Merlin, *Quest. de droit*, §, 1, p. 544. M. Horson, p. 69. M. Fremery, p. 50.

(4) Lyon, 24 juillet 1827, rapporté *suprà*, nº 247, et autres arrêts y relatés! Mais consultez surtout l'arrêt de la Cour de cassation rapporté par M. Merlin, *Quest. de droit*, vº *Société*, § 1, p. 546. Autre de la chambre civile du 29 juin 1841. S., 41, 1, 586.

ces ineffaçables de son passage, on a prétendu que cette société devait être réglée, non pas par les conventions des parties, mais par les dispositions de la loi (1), et c'est ce qu'a jugé la Cour de Bourges, le 4 juillet 1841, par un arrêt qui fut déféré à la chambre des requêtes de la Cour de cassation. Nous fûmes presque tous d'accord que cet arrêt avait erré, et le pourvoi fut admis à l'unanimité moins une voix. Il nous sembla que la Cour royale, en admettant la société sans les conditions avouées par les parties, enlevait au fait de société un de ses élémens constitutifs; qu'elle le tronquait arbitrairement; qu'en le reconnaissant pour partie, elle devait le reconnaître pour le tout.

Autrement, la nullité introduite par la loi, pour éviter les fraudes, serait un moyen de gain frauduleux pour l'un des associés peu soucieux de sa parole. Supposons que les parties n'aient voulu faire qu'une commandite: est-ce qu'il faudra transformer cette société en société ordinaire et grever le commanditaire au delà de sa mise? ne serait-ce pas une énormité? Il faudra donc aussi n'avoir aucun égard à la quotité des mises? Et si vous n'osez pas aller jusque-là, si vous consultez la convention pour ce qui concerne cette quotité, pourquoi pas aussi pour le règlement des dettes, pour les parts dans les pertes et bénéfices, et pour toutes les conditions sous lesquelles les parties sont entrées en rapport? Quant à moi, je ne conserve pas le moindre scrupule sur cette question. Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité d'adopter la société comme fait, il faut prendre ce fait dans sa plénitude; il ne faut pas le scinder capricieusement; il ne faut pas en accepter telle partie, et en rejeter telle autre, qui en a été un des

---

(1) *Infrà*, n° 312.

élémens essentiels; sans quoi la bonne foi, qui est l'âme des sociétés, est blessée, et on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire pour n'avoir pas observé les formalités légales.

250. On objecterait en vain, contre cette opinion, un arrêt de la Cour de cassation, qui, tout en reconnaissant que la non publication d'un acte de société laisse subsister des faits accomplis qui ont le caractère social, a cependant décidé, le 29 juin 1841, au rapport de mon honorable et savant ami, M. Fabvier, que la clause de se faire juger par des arbitres, *sans appel*, est destituée de valeur dans des statuts non enregistrés ni publiés; que cette dérogation exceptionnelle à l'ordre des juridictions et à la loi des deux degrés ne peut résulter d'un acte frappé de nullité (1). Cette décision est excellente, et elle ne contredit en rien notre manière de voir : la société de fait doit, sans doute, amener les associés devant des arbitres; c'est là, en effet, la règle générale de l'art. 81 du Code de commerce; mais elle ne peut les conduire devant des arbitres jugeant en dernier ressort; car le droit commun résiste à cette exception, et si on la faisait sortir d'un acte non valable, il arriverait que cet acte produirait des effets pour l'avenir, et servirait, non pas à régler des faits accomplis, mais à gouverner pour l'avenir l'ordre des juridictions.

251. Mais quelle que soit, dans le cercle des intérêts privés, la puissance de la communauté de fait entre associés, elle ne va pas jusqu'à créer des droits à quelques-uns d'entre eux contre les créanciers personnels d'un autre associé; et ces créanciers pourraient, sans aucun doute, provoquer la nullité de la société, afin d'agir plus librement sur le patrimoine de leur débiteur.

---

(1) S., 41, 1, 586.

Il est même certain que les créanciers personnels d'un associé pourraient opposer la nullité aux créanciers de la société. Ils sont, en effet, *intéressés* dans le sens de l'art. 42, et comme tels, il leur appartient de se prévaloir de la nullité, c'est-à-dire, d'argumenter de la fraude que la clandestinité fait supposer (1). Il est vrai que les associés ne peuvent opposer la nullité aux créanciers; mais, entre créanciers, la lutte est légitime.

252. Reste à nous occuper des formalités requises pour les sociétés anonymes.

L'art. 39, quoique faisant de l'écriture une nécessité pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, leur a cependant accordé la liberté de l'écriture sous seing privé. — Il n'en est pas ainsi de la société anonyme; elle ne peut être formée que par acte public. (Art. 40.)

De plus, l'ordonnance du roi, qui lui est nécessaire pour avoir une existence légale, doit être affichée avec l'acte d'association pendant trois mois dans la salle d'audience du tribunal de commerce du lieu où sera établi le siége de la société. (Art. 42, 145.)

Ces formalités sont de rigueur: leur omission entraîne nullité de l'association.

253. Mais quelquefois il y a une société de fait qui précède la société légale. Nous verrons plus bas les effets de cette communauté d'intérêts (2).

Nous remettons également à plus tard (3) ce que nous avons à dire sur la marche à suivre pour l'obtention de l'ordonnance royale.

---

(1) Montpellier, 24 mars 1819 (M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 547). Le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 13 février 1821 (M. Merlin, *loc. cit.*).

(2) *Infrà*, n° 475. Arg. du n° 249, *suprà*.

(3) *Infrà*, n° 459.

254. Il reste à faire une remarque qui s'applique à toutes les sociétés de commerce : c'est que ce n'est pas seulement leur formation que le législateur a voulu soumettre à des conditions de publicité; ce sont encore 1° tous les changemens importans dans l'organisation de la société, comme la dissolution de la société avant le terme fixé (1), la retraite d'un associé en nom (2), l'adoption d'une nouvelle raison sociale, la modification de quelques clauses fixant la position des parties; 2° les continuations de société après le terme expiré.

L'art. 46 du Code de commerce (3) exige avec beaucoup de sagesse que tous ces changemens, ainsi que les déclarations des associés portant continuation de société, soient soumis aux formalités des art. 42, 43, 44, sous la peine de nullité portée par le § dernier de l'art. 42. Sans ces précautions, les associés auraient pu démolir pièce à pièce leur état primitif de société, et le public qui, ensuite, aurait traité avec eux, n'aurait eu que le simulacre d'une garantie sans aucune réalité.

Quant aux sociétés anonymes, si elles veulent modifier leurs statuts, elles doivent obtenir une autorisation du roi.

---

(1) *Infrà*, n° 910.

(2) *Infrà*, sur l'art. 1856, le passage de Coquille sur la publication au prône des changemens survenus dans l'administration des sociétés villageoises du Nivernais.

(3) Voyez aussi n° 913.

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉ.

ARTICLE 1835.

Les sociétés sont universelles ou particulières.

SOMMAIRE.

255. Des sociétés universelles et des sociétés particulières. Division de la matière.

COMMENTAIRE.

255. La volonté qui seule crée la société peut en élargir ou en restreindre le cercle suivant le but auquel elle tend. De là, la distinction des sociétés en sociétés universelles et en sociétés particulières. La source de cette distinction est prise dans l'étendue des choses mises dans l'association. Elle donne lieu à une division de la matière en deux sections : l'une qui comprend les sociétés universelles, l'autre qui traite des sociétés particulières.

SECTION Ire.

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

ARTICLE. 1836.

On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présens et la société universelle de gains.

SOMMAIRE.

256. Antiquité et fréquence des sociétés universelles.
257. Ces sociétés étaient surtout utiles à l'agriculture. Erreur de ceux qui ont cru qu'elles n'avaient pour principe qu'un vague sentiment d'amitié.
258. Des causes qui les ont fait tomber en désuétude.
259. Ancien droit sur les sociétés universelles.
260. Des sociétés universelles de biens. Elles comprenaient tous les biens présens et à venir.
Néanmoins les anciennes sociétés tacites n'avaient pas cette étendue.
261. Charges des sociétés de tous biens présens et à venir. Dettes et besoins des associés.
262. Mais la société ne prenait pas à son compte les folles dépenses, les dettes de jeu et tout ce qui avait une cause répréhensible.
263. État de la législation actuelle. Le Code n'admet que les sociétés universelles de biens présens. Raisons sur lesquelles il est fondé.
264. Suite.
265. Suite.
266. Transition.

COMMENTAIRE.

256. Les sociétés universelles ont été autrefois d'un grand usage. L'époque féodale les a vues couvrir le sol des anciennes Gaules (1). A la mort du père de famille, ses enfans, continuant en quelque sorte l'état d'indivision dans lequel les biens avaient été entre ses mains (2), reconnaissaient dans l'aîné un chef auquel appartenait le gouvernement de l'hérédité et l'autorité sur les biens communs. Ces sociétés de frères sont très-célèbres dans les vieux jurisconsultes et dans nos coutumes (3) ;

---

(1) Otto frisingensis (*Gesta imper. Frederic*). Papon., liv. 15, n° 28.

(2) Lebrun, *Des sociétés tacites*, ch. 1, n° 8.

(3) Michalorius a fait un traité *De fratribus*. Il y a aussi un

et l'on a vu dans la préface de cet ouvrage comment les sociétés de serfs, de roturiers, quelquefois même de nobles, réalisèrent au plus haut degré les grands effets de l'esprit d'association.

257. C'était particulièrement pour l'agriculture que ces sociétés s'étaient formées; aussi les appelle-t-on souvent sociétés rustiques.

Il ne faut pas croire, avec un auteur moderne (1), qu'elles n'eussent pour principe qu'un vague sentiment d'amitié ou de fraternité; elles donnaient lieu à de grands bénéfices, et les exemples cités par les arrêtistes nous montrent que les acquisitions faites pendant leur durée augmentaient considérablement, à la dissolution, le capital mis en société (2). C'est en parlant de ces associations que Lebrun disait qu'elles étaient pour les *mainsmortables un moyen de s'enrichir* (3), et qu'il y avait en elles un certain commerce *qui les faisait valoir* (4). Elles avaient un caractère de lucre tellement marqué, que le même Lebrun s'en faisait une objection contre les prêtres qui, par leur moyen, se livraient à *la fange du commerce* (5).

258. J'ai exposé ailleurs les causes qui ont fait tomber ces associations. La nécessité des preuves écrites; les embarras et les frais des contrats publics; l'esprit d'individualisme qui depuis le seizième siècle a miné

---

traité de Petrus Ubaldus, *De duobus fratribus*. V. Bourbonnais, art. 267. Nivernais, ch. 22, et les coutumes rappelées *suprà*, n° 197, et notre préface.

(1) M. Duvergier, n° 87.

(2) Maynard, liv. 2, ch. 71, n° 1.

(3) *Des sociétés tacites*, à la suite de son traité de la communauté, ch. 1, n° 2.

(4) *Ibid.*, n° 3.

(5) *Ibid.*, n° 4.

en haut et en bas toutes les agrégations de forces ; l'amélioration du sort des classes inférieures et surtout des laboureurs ; la division à leur profit des propriétés foncières et l'indépendance qui en est résultée pour le paysan ; tout cela a hâté la ruine des sociétés universelles (1) ; on n'en voit plus aujourd'hui que des exemples peu fréquens. Étudions cependant ces débris d'un passé vénérable ; recherchons ce que le Code en a conservé, ce qu'il en a mis à la disposition des intérêts nouveaux.

259. Le droit romain et notre ancien droit français reconnaissaient deux espèces de sociétés universelles : les sociétés universelles de biens, *universorum bonorum* (2), et les sociétés universelles de gains, *universorum quæ ex quæstu veniunt* (3). A ces deux sociétés le droit français avait ajouté la communauté entre époux, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, mais qui n'en est pas moins une variété de la société universelle (4).

260. La société universelle de biens comprenait tous les biens présens et à venir. Tout ce que les parties possédaient au moment du contrat, tout ce qu'elles acquéraient par la suite à titre de succession, donation, legs, ou pour quelque cause que ce soit (5), entrait dans la société (6). Mais il faut remarquer que les simples sociétés tacites n'avaient pas, de plein droit, des effets aussi compréhensifs ; la coutume les restreignait aux

---

(1) V. préface.
(2) Ulp., l. 5, D. *Pro socio.*
(3) *Ibid.*, l. 7, D. *Pro socio. Infrà*, n° 284.
(4) Pothier, n° 28.
(5) Paul, liv. 3, § 1, D. *Pro socio.* Ulp., l. 73, D. *Pro socio.*
(6) Paul dit : *Communioni.*

meubles présens et à venir et aux acquêts ; les propres n'en faisaient pas partie (1).

261. Par contre, la société de biens présens et à venir était tenue de toutes les dettes existantes au moment de l'entrée en société et de toutes les dépenses nécessaires à chaque associé (2).

Dans ces dépenses nécessaires étaient compris les alimens, l'éducation des enfans, les frais de leur établissement, les dots (3).

262. Mais la société n'était pas tenue des folles dépenses (4) d'un associé, de ses dettes de jeu et de débauche (5), des réparations civiles auxquelles il pouvait être condamné pour ses délits (6). La société devait avoir un but moral ; elle ne devait pas servir les mauvaises passions ; l'associé en perte pour des causes honteuses devait prendre sur sa part pour s'acquitter.

263. Le Code civil n'a pas adopté les sociétés de biens présens et à venir ; il n'admet que les sociétés universelles de biens présens.

Le projet de Code soumis aux tribunaux allait même jusqu'à proscrire ces dernières sociétés. Le tribunal d'appel de Paris s'éleva contre cette proscription (7). « Il y a des gens qui ont si peu (disait-il avec » raison), qu'en réunissant tout leur avoir présent et » futur, elles trouvent encore difficilement de quoi sus-

---

(1) Le Grand coutumier, liv. 2, ch. 40. Lebrun, *Sociétés tacites*, ch. 4, n° 16. *Infrà*, n° 281. Pothier, *sur Orléans*, des Sociétés.

(2) Pothier, n° 37.

(3) Pothier cite un grand nombre d'auteurs sur la question des dots.

(4) Pothier, n° 39. Ulp., l. 52, § 17, D. *Pro socio*.

(5) Pomponius, l. 59, § 1, D. *Pro socio*.

(6) Ulp., l. 52, § 18, D. *Pro socio*.

(7) Fenet, t. 5, p. 280.

» tenter leur faible existence... La loi doit se prêter à » toutes les situations. »

Ces observations furent entendues (1); les sociétés universelles de biens présens furent autorisées; mais le Code maintint la défense des sociétés de biens à venir.

Voici les raisons qui ont déterminé ses rédacteurs :

D'abord, les donations de biens à venir ne sont pas autorisées par le Code civil, et à la faveur d'une société feinte on aurait pu contrevenir à une prohibition qui a les applaudissemens de tous les hommes sages (2).

De plus, on a craint de fréquentes inégalités entre des personnes dont les espérances pouvaient être très-disproportionnées. Il a paru qu'une société, dont les élémens ne pouvaient être appréciés exactement au moment du contrat, pouvait dégénérer en société léonine ou quasi-léonine (3). Je ne donne pas cette dernière raison comme bien satisfaisante. Le droit romain était bien plus vrai quand il disait : « Hæc societas coiri potest » etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus (4) ». Mais la première n'est pas sans gravité. Au surplus, ce qui domine tout, c'est que ces sociétés universelles de biens présens et à venir ne sont pas dans l'esprit de notre siècle, et qu'en ceci le Code civil a été son interprète éclairé.

264. La société de biens présens était donc tout ce qu'il suffisait d'accorder aux idées modernes; et encore en usent-elles avec sobriété.

265. Il en est de même des sociétés universelles de

---

(1) *Infrà*, n° 301. M. Berlier, au conseil d'État. Fenet, t. 14, p. 368.

(2) Exposé des motifs, M. Treilhard. (Fenet, t. 14, p. 397.)

(3) M. Treilhard, *loc. cit.*

(4) Ulp., l. 5, § 1, D. *Pro socio.*

tous gains que règlent les articles 1838 et suivans (1).

266. Nous marcherons donc avec rapidité dans une matière dont l'intérêt n'est plus sur le premier plan. Le lecteur nous saura gré de réserver les développemens étendus pour d'autres parties plus usuelles du contrat de société.

Article 1837.

La société de tous biens présens est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer.

Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains. Mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance. Toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard.

SOMMAIRE.

267. Description de la société universelle de biens présens.
268. Des choses qu'elle comprend de plein droit.
269. Elle ne comprend pas les fruits des biens à venir. Elle n'embrasse que les fruits des mises.
270. Combien elle diffère de la communauté conjugale.
271. Des moyens de distinguer les biens présens des biens à venir.
272. 1° *Possession*. Un bien légalement possédé avant la mise en société est présumé bien présent.
273. 2° *Titre*. Du titre antérieur à l'entrée en société, mais purifié postérieurement.

---

(1) *Infrà*, n° 284.

COMMENTAIRE.

267. L'article 1837 donne avec précision et clarté les limites de la société de tous biens présens. Il expose : 1° ce qu'elle comprend de plein droit ; 2° ce qu'elle peut comprendre en vertu de conventions particulières ; 3° ce qu'il lui est défendu de vouloir embrasser.

268. Ce qu'elle comprend de plein droit, ce sont les biens meubles et immeubles que les parties possèdent actuellement : c'est en cela que consistent les mises. Et quant aux profits que les associés pourront en tirer par la suite, il n'est pas moins clair qu'ils font partie de l'actif social à partager. Les sociétaires n'ont contracté leur

association qu'en vue de ces bénéfices, de ces profits (articles 1832, 1833). Ce n'est pas un sentiment platonique qui les a réunis.

Quant à l'industrie particulière des associés et aux profits qu'elle est de nature à procurer par l'exercice d'une profession, d'un métier, etc., ce sont choses qui n'entreraient dans la société qu'autant qu'il y en aurait une clause expresse.

269. Et ici je dois tout de suite écarter une opinion de M. Duranton, qui, d'après M. Delvincourt, pense que la société universelle de biens présens comprend de plein droit les fruits des biens à venir (1). Je dis que cette opinion est inadmissible, parce que ces fruits ne sont ni biens présens, ni accessoires de biens présens; parce que le second paragraphe de l'article 1837 fait clairement entendre qu'ils ne peuvent entrer dans la société de biens présens qu'en vertu d'un pacte exprès.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que M. Duranton se sert précisément de ce second paragraphe au soutien de sa doctrine. Mais comment n'a-t-il pas vu qu'en faisant entrer dans la société la jouissance des biens à venir, ce paragraphe se réfère au cas prévu en commençant, d'une société qui comprendrait toute espèce de gains (2)?

270. On voit par-là combien la société universelle de biens présens diffère de la communauté conjugale; car celle-ci s'enrichit des fruits produits par les immeubles exclus de la communauté; celle-là, au contraire, ne profite que des fruits retirés des mises. Mais cette différence n'est pas la seule, et dans un instant nous en verrons une autre non moins remarquable (3).

271. Pour tracer la ligne de démarcation entre les

---

(1) T. 17, n° 351.

(2) *Junge* M. Duvergier, n° 93.

(3) *Infrà*, n° 273.

biens présens et les biens à venir, pour savoir quels biens tombent dans la société et quels biens en sont exclus, il y a plusieurs choses à considérer, d'abord la possession, ensuite le titre.

272. La possession est ici, comme toujours, de grande importance : c'est pourquoi un immeuble, légalement possédé par l'un des associés avant la société, est présumé bien présent jusqu'à ce qu'une preuve contraire ait fait disparaître cette preuve légale (1).

273. Le titre a aussi sa très-grande et très-légitime influence ; et s'il est antérieur à la société, il suffit pour que la société soit propriétaire de la chose qu'il attribue à l'un des associés (2).

Par exemple :

Avant notre société, j'ai acheté un immeuble sous une condition suspensive qui ne vient à se réaliser que depuis ; je n'acquiers par conséquent la possession réelle de cet immeuble que postérieurement à cette même société. Cet immeuble me sera-t-il propre? ou bien entrera-t-il dans la société ? La réponse est qu'il sera social. D'une part, le titre est antérieur à la société; de l'autre, l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif (3). (Article 1179 du Code civil.)

De même, avant notre société, j'avais vendu un immeuble à Pierre; mais ayant été lésé de plus des sept douzièmes, j'obtiens la rescision de la vente, et l'im-

---

(1) Arg. de l'art. 1402 C. civ. M. Duranton, t. 14, n° 169, et t. 17, n°s 353 et 354. M. Toullier a été beaucoup trop loin dans son interprétation de cet article (t. XII, n° 176). Consultez Pothier, *Communauté*, n°s 111, 157, 164.

(2) Pothier, *Communauté*, n° 157, et *Société*, n° 47. *Infrà*, n° 292.

(3) M. Toullier, t. XII, n° 179.

M. Duranton, t. 14, n° 170, et t. 17, n°s 353, 354.

meuble rentre dans mes mains. Cet immeuble est social, car il est pour moi bien présent; la rescision m'a remis au même et semblable état qu'avant la vente (1).

Enfin, si, dans un temps antérieur à notre société, j'avais vendu, sous faculté de rachat, un immeuble dont j'opère le retrait après la mise en action de la société, cet immeuble sera pour moi un bien présent qui entrera dans la société ; car le titre qui me le fait reprendre est antérieur à la société, et la résolution du droit de l'acheteur a lieu *ex causâ primœvâ et antiquâ,* laquelle replace les parties dans l'état où elles étaient avant la vente (2).

Ces exemples suffiront pour montrer ce que l'on doit faire entrer dans la catégorie des biens présens.

274. Après avoir montré en quoi consiste l'actif légal de la société universelle, voyons ce que la volonté des parties peut y faire entrer en sus des objets qu'elle comprend naturellement.

Le deuxième paragraphe de l'article 1837 autorise la stipulation d'après laquelle les parties mettraient en commun tous leurs gains quelconques provenant de leurs biens restés propres, de leurs économies, ou de leur industrie particulière. Cet accord offre un mélange de la société de biens présens avec la société universelle de tous gains, dont nous parlerons dans notre commentaire de l'art. 1838. Il se règle par les principes particuliers à ces deux sociétés.

Ici se montre une nouvelle différence entre la communauté conjugale et notre société; car, dans la première, les fruits des propres et les acquêts font partie de plein droit de la communauté, tandis qu'il faut une convention expresse pour les faire entrer dans la société.

---

(1) Toullier, t. 12, n° 190.

(2) Mon comm. de *la vente*, t. 2, n° 775. Arg. de l'art 1673 C. civ.

275. Mais quelle que soit la volonté des parties, elle viendrait se briser contre la disposition de notre article, si elle s'efforçait de faire entrer dans la société les biens à venir qui seraient arrivés aux associés par succession, donation ou legs. Ces biens doivent toujours rester propres ; autrement, ce serait rétablir les sociétés universelles de tous biens présens et à venir, que le législateur moderne a vues d'un œil défavorable.

Ainsi donc toute convention de cette nature serait nulle ; la loi n'admet que celle qui ferait entrer dans la société la simple jouissance de ces mêmes biens ; elle réserve pour le contrat de mariage la faculté de former une de ces sociétés universelles dans lesquelles entrent les biens présens et les biens à venir (1).

276. A cette occasion, les auteurs modernes se demandent si la convention de société pour tous biens présens et à venir est entachée d'une nullité tellement radicale, que l'acte tout entier soit vicié dans son essence et qu'il n'en doive rien subsister ; ou bien si la nullité ne fait tomber que la convention des biens à venir, laissant subsister la société de biens présens, d'après la règle *Utile non vitiatur per inutile*. Là-dessus, M. Duranton veut qu'on scinde la convention (2). Au contraire, M. Duvergier le reprend de n'avoir pas aperçu que la convention doit être annulée tout entière (3).

Cette dernière opinion est la seule légitime (4). Une société contient un enchaînement de conventions et d'accords, que les parties ont combinés ensemble dans le but d'établir entre eux une loi d'égalité de gains et de pertes. Tel qui avait une somme de biens présens

(1) Texte de l'art. 1837.
(2) T. 17, n° 350.
(3) N° 103.
(4) V. *infrà*, n° 572.

supérieure aux biens actuels de son associé ne s'est déterminé peut-être à les mettre en société que parce qu'il a compté sur les biens à venir de ce dernier pour rétablir l'équilibre. Si vous laissez subsister le pacte relatif aux biens présens en lui ôtant le correctif qu'il tirait du pacte sur les biens à venir, vous rompez l'harmonie du contrat ; vous faites autre chose que ce que les parties ont voulu faire. La loi ne saurait être aveugle à ce point : dans sa pensée, le pacte vicieux entraîne la ruine de l'entière convention dont il est l'une des bases. L'article 1172 du Code civil contient à ce sujet la règle vraie et logique à laquelle il faut se rattacher.

Que signifie ensuite l'invocation de cette autre règle : *Utile non vitiatur per inutile ?* Comment ! vous appelez inutile une clause sans laquelle le contrat n'aurait pas eu lieu? Dites qu'elle est contraire aux lois : rien de plus vrai. Dites aussi qu'elle doit rester frappée de nullité : rien de plus juste. Mais inutile ! Est-ce le nom qui lui appartient dans cette circonstance (1)?

M. Duranton croit néanmoins que l'article 1837 se prête par son texte à la division dont il se porte le défenseur. Je réponds que cet article n'a fait que se prononcer sur la défense de faire entrer dans la société les biens provenant de succession, legs et donation ; mais qu'il est entièrement muet sur l'effet de la nullité que la contravention entraîne après elle ; qu'il se tait sur la manière dont cette nullité opère, et sur les conséquences plus ou moins larges auxquelles elle conduit. La loi a bien été maîtresse de faire tomber une société qui la blesse ; mais

---

(1) Je sais bien que quelquefois le mot *inutile* a un sens très-large, par exemple dans la loi 1, § 4, D. *Depositi ;* mais, ici, quand il s'agit de rompre l'enchaînement des idées que les parties ont exprimées, le sens propre doit prévaloir. Voy. Brisson, v° *Inutile.*

elle outrepasserait ses pouvoirs en faisant subir aux parties une convention mutilée, une convention qui n'est plus la leur.

277. Maintenant que l'actif des sociétés universelles de biens présens est connu, il faut s'occuper de leur passif.

En premier lieu, elles sont grevées de plein droit des dettes que chaque associé avait contractées avant la société : *Bona non dicuntur nisi deducto œre alieno*. Comme le dit très-bien Pothier : « Ces dettes sont une charge » *présente* des biens *présens* (1). »

278. Lorsque la société est entrée en exercice, il peut lui être nécessaire de contracter des dettes pour son plus grand avantage. Il va sans dire que ces dettes sont une de ses charges spéciales.

279. Mais si des dettes sont contractées durant la société sans indication de leur origine, sans preuve de l'emploi des deniers, elles sont particulières à celui qui les a faites. La société n'est tenue des dettes que suivant les règles ordinaires (2).

280. La société ne doit pas non plus être grevée des arrérages et intérêts des dettes relatives aux biens à venir (3). Le contraire n'est enseigné par MM. Delvincourt (4) et Duranton (5) que parce que ces auteurs ont cru, à tort, que la société universelle de biens présens comprend, de droit, la jouissance des biens à venir (6).

---

(1) *Société*, n° 37.

(2) M. Duvergier, n° 98, a très-bien montré le vide d'une controverse élevée à ce sujet entre M. Delvincourt et M. Duranton. Je crois inutile de m'en occuper.

(3) M. Duvergier, n° 97.

(4) T. 3, notes, p. 220.

(5) T. 17, n° 356.

(6) *Suprà*, n° 269.

281. Mais la société doit-elle prendre à son compte la dépense personnelle des associés, et celle que rend nécessaire l'entretien des enfans? Il est très-probable que si deux personnes faisaient aujourd'hui une société de tous biens présens, elles règleraient ce point capital par une convention expresse. Au moment où elles se dépouilleraient de tous leurs biens présens pour en doter leur société, elles sentiraient sans doute la nécessité de manifester leur volonté sur une question si intéressante pour leur avenir.

Mais nous supposons que la convention est muette, et nous demandons à la raison ce qu'il faut décider dans l'absence d'un texte de droit et d'une clause spéciale.

Sous l'ancien droit, dans les sociétés tacites de meubles et acquêts, les frais de nourriture des associés et de leurs enfans étaient une dépense de la société. Dans ces sociétés rustiques, qui commençaient très-souvent avec quelques bestiaux seulement, on tenait pour constant que le ménage et les enfans étaient nourris par la communauté; on était d'autant plus porté à ce résultat que, eu égard à la très-faible fortune des associés, ces sociétés étaient, à vrai dire, des sociétés universelles, les associés n'ayant pas d'autres biens (1).

Cette règle des sociétés tacites de meubles et acquêts doit-elle être transportée dans nos sociétés conventionnelles de tous biens présens?

Au premier coup d'œil, une raison d'analogie paraît conduire à l'affirmatvie. On est enclin à penser que les sociétés du Code civil ne doivent pas plus échapper, que les anciennes sociétés tacites, à une obligation corrélative, en quelque sorte, du droit que la société acquiert sur tous les biens présens des associés.

---

(1) Lebrun, *Des sociétés tacites*, ch. 4, n° 17. *Infrà*, n° 297.

Néanmoins, gardons-nous de ces apparences; elles pourraient nous entraîner dans de fâcheuses erreurs.

Les anciennes sociétés tacites avaient lieu ordinairement entre cultivateurs, dont tout le patrimoine entrait (de fait, sinon de droit) dans la communauté. Leurs espérances dans des successions à échoir, dans des propres à venir, étaient souvent à peu près nulles; leurs ressources consistaient dans leur industrie, et cette industrie, ils devaient la consacrer tout entière, avec ses produits, à leur société. Il y avait donc deux raisons capitales pour lesquelles les dépenses du ménage et d'éducation étaient considérées comme frais de la société: raison tirée de la conformité presque entière de ces sociétés avec les sociétés universelles; raison tirée de ce que les profits à venir, dont la charge habituelle est de subvenir aux besoins du ménage, étaient la chose de la communauté.

Il n'en est pas de même dans les sociétés universelles du Code civil; les associés peuvent avoir une industrie particulière, l'exercer en dehors de la société, faire des gains dont chacun, en droit soi, retire l'avantage. De plus, on ne peut pas dire qu'une présomption tirée de la qualité des personnes, donne à nos sociétés universelles de biens présens la physionomie et les effets de véritables sociétés englobant tout l'avoir des parties. Elles ne sont pas particulières à telle classe de citoyens plutôt qu'à telle autre. Il est possible que chaque associé ait compté, pour l'entretien de son ménage, sur des ressources personnelles, sur des espérances prêtes à se réaliser, sur une industrie lucrative.

Enfin, le silence des parties, dans une matière que la loi nouvelle fait dépendre de leur volonté expresse, a quelque chose de très-grave. Ce silence n'est-il pas un indice que les associés ont entendu prendre leur dépense personnelle sur leur part annuelle de gains, ou sur les profits particuliers de leur industrie? Car, si elles

avaient voulu mettre cette dépense au rang des dettes de la société, pourquoi ne pas s'en expliquer? pourquoi ne pas fixer la somme nécessaire à leurs dépenses? pourquoi ne pas prévenir, par un accord, les difficultés sans nombre d'une appréciation de nature à varier beaucoup, suivant des exigences individuelles fort inégales? Au contraire, en laissant ce point intact, elles ont hautement manifesté qu'elles voulaient s'arranger librement et à leur guise dans leur part respective des bénéfices, ou dans leurs ressources personnelles!!! En un mot, ne pas résoudre expressément ces questions de quotité de dépenses personnelles, si fécondes en débats fâcheux, c'est montrer qu'on n'a pas voulu les faire naître (1).

S'il arrivait que l'un des associés éprouvât une gêne imprévue; ou si par maladie, accident, ou par toute autre cause, l'industrie sur laquelle il avait compté venait à lui manquer, je pense que la société devrait venir à son secours, sauf à imputer ces avances sur la part que le partage lui attribuerait; mais il ne faudrait pas que cet évènement allât jusqu'à changer les conditions originaires du contrat : le droit n'admet pas ces novations involontaires.

282. Autrefois on agitait la question de savoir si la société universelle devait doter les filles, et l'affirmative était certaine pour les sociétés de tous biens présens et à venir (2); mais il n'en était pas de même pour les simples

(1) M. Duvergier est du même avis par des raisons qui ne sont pas les mêmes, n° 100. Il faut lire avec précaution M. Duranton (t. 17, n° 367), parce qu'il fait entrer à tort dans la société les fruits des biens à venir.

(2) Lebrun, *Des sociétés tacites*, ch. 4, n° 16.
Papinien, l. 81, D. *Pro socio*.
Henrys, t. 1, p. 370.

sociétés de meubles et acquêts (1), comme étaient les sociétés tacites (2); dans toutes les sociétés qui n'étaient pas vraiment universelles (3), le père devait doter *de suo* (4).

Cette règle est encore plus vraie et plus évidente pour nos sociétés universelles de biens présens (5).

283. Quant aux autres engagemens des associés entre eux et à leurs obligations à l'égard des tiers, les articles 1843 et suivans du Code civil sont la règle qui domine les sociétés universelles de biens présens comme les sociétés particulières. Nous y renvoyons. On trouvera aussi aux articles 1869 et suivans ce qui a trait à la dissolution de la société universelle de biens présens, et au partage.

Article 1838.

La société universelle de gains renferme tout ce que les parties pourront acquérir par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société. Les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat y sont aussi compris. Mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement.

---

(1) *Ibid.*

(2) *Suprà*, n° 260. Lebrun, *loc. cit.*, ch. 3, n° 12. Troyes, 101. Sens, 279. Nivernais, ch. 22, art. 3. Berry, t. 8, art. 10. Bourbonnais, 267.

(3) Alex., cons. 154, vol. 2. V. Dumoulin sur ce conseil.

(4) *Junge* Pothier, *Société*, n° 99.

(5) M. Duranton, t. 17, n° 357.
M. Duvergier, n° 99.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

284. La société universelle de gains était appelée par les Romains *universorum quæ ex quæstu veniunt* (1). Les affranchis du même maître la pratiquaient fréquem-

---

(1) *Suprà*, n° 259.
Ulp., l. 7, D. *Pro socio*.

ment (1). Elle ne comprenait aucun des biens meubles ou immeubles que possédaient les parties lorsqu'elles contractaient; mais elle attribuait à la societé les profits que l'industrie ou un commerce quelconque procuraient aux associés.

285. Ce n'est pas tout-à-fait là-dessus que le Code civil a calqué les dispositions relatives à la société universelle de gains. Il a donné la préférence aux coutumes françaises, qui, outre les gains, faisaient entrer dans les sociétés taisibles, si nombreuses dans la classe rustique, les meubles appartenant aux communistes au moment de leur réunion (2); mais il s'en est écarté, en ce que, d'après le droit coutumier, la société s'enrichissait de tous les biens meubles à venir, même des meubles échus par succession (3), tandis que, dans la société universelle de gains, réglée par le Code civil, la société n'a droit que sur les meubles acquis depuis, par suite d'industrie et par un titre quelconque de commerce.

286. Le mot *gains* répond au mot *quæstus* des Romains, dont Paul donnait la définition suivante : *Quæstus intelligitur qui ex operâ cujusque descendit* (4). Comme le dit le président Favre, d'après Accurse (5) : « Hoc verbum *operam* et *diligentiam* et *solertiam significat.* » Le mot *quæstus* est au mot *lucrum* ce que le particulier est au général (6). Il ne signifie pas tout lucre quelconque, mais seulement le lucre acquis par un titre de commerce.

---

(1) Paul, l. 71, § 1, D. *Pro socio.*

(2) *Suprà*, n° 260.
Pothier, *Société*, n° 44.

(3) Nivernais, ch. 22, art. 3.
Lebrun, *Des sociétés tacites*, ch. 3, nos 1 et 2.

(4) L. 8, D. *Pro socio.*

(5) *Rationalia* sur cette loi.

(6) *Ibid.*

Il suit de là que la société universelle de gains, ne se composant (en sus des meubles) que des produits de l'industrie (1) des parties, reste étrangère aux acquisitions et profits qu'elles font en vertu d'un titre lucratif (2), par exemple, par donation, legs, successions, etc. (3). Car, pour me servir encore des ingénieuses expressions du président Favre (4) : « Hæc etiam *negligen-* » *tibus et dormientibus*, *denique omninò ignorantibus* acqui- » runtur, nulloque ipsorum facto intercedente. » On ne pourrait en faire profiter la société qu'autant qu'une clause extensive ajouterait à la loi naturelle de la société.

287. Mais la société s'étend à ce qui est acquis par achat, louage (5), par l'exercice d'une profession, d'un métier, d'un commerce (6); par un travail appliqué à quelque objet que ce soit, même à une chose qui ne ferait pas partie des mises sociales. C'est pourquoi Felicius (7) remarque, d'après Alexandre (8), que les gains retirés de la ferme d'un moulin, propre à l'un des associés, doivent être rapportés par lui à la masse commune.

288. Et de là résulte cette conséquence palpable, c'est

---

(1) Texte de l'art. 1838.

(2) Paul, l. 8, D. *Pro socio*.
Ulpien, l. 7 et 9, D. *Pro socio*.
Felicius, c. 13, n°s 1 et 2.
Doneau, lib. 13, c. 16, n° 9.

(3) Felicius et Doneau, *loc. cit.*
Pothier, n. 45.

(4) Sur la loi 8, D. *Pro socio*. *Suprà*, n° 58, et *infrà*, n° 300.

(5) Ulpien, l. 7, D. *Pro socio*.

(6) Ulpien, l. 52, § 8, D. *Pro socio*, d'après Papinien.
Felicius, *loc. cit.*, n°s 4 et 5.

(7) *Loc. cit.*, n° 8.

(8) *Cons.* 49, n° 10, lib. 1.

que tous les gains produits par les immeubles restés propres appartiennent à la société ; car ils procèdent, ou d'une location, ou d'un travail, et, dans l'une et l'autre hypothèse, la société les embrasse de plein droit (1).

289. Mais suit-il de là que l'associé propriétaire de ces biens ne peut les aliéner sans le consentement de ses associés, afin de ne pas priver la société d'un avantage qui lui est réservé?

M. Duranton fait une distinction entre les biens présens et les biens à venir. Les premiers sont tellement entrés dans la société pour la jouissance, qu'il ne peut être permis de les aliéner sans le concours de la société, qui a compté sur eux et ne peut en être frustrée. Mais les seconds ne sont pas dans la même condition ; leurs produits n'entrent pas taxativement dans la société ; l'associé n'est débiteur envers ses associés que des gains qu'il en retire. Il peut donc les aliéner sans en réserver la jouissance à la société (2).

Au contraire, M. Duvergier, repoussant toute distinction, veut que les biens à venir soient soumis à la même condition que les biens présens, et que ni les uns ni les autres, ne puissent être aliénés sans l'assentiment de la société (3).

Aucune de ces opinions ne me paraît exacte. M. Duranton fait, pour les immeubles présens et pour les immeubles à venir, deux conditions différentes, que n'approuvent pas les art. 1837 et 1838 du Code civil, soigneusement combinés. M. Duvergier donne à la société un droit trop absolu, trop restrictif du droit de propriété des associés. A mon avis, ce qu'il y a de plus certain en cette matière, c'est que les associés ne peuvent

---

(1) Art. 1837. *Junge* M. Duvergier, n° 106.
(2) N° 367.
(3) N° 110.

faire de leurs immeubles aucune disposition de nature à enlever à la société ses espérances légitimes; c'est que la société serait fondée à s'opposer à tout acte qui sortirait de la ligne du père de famille diligent. Mais elle tomberait elle-même dans l'excès, si elle empêchait l'aliénation que veut faire l'associé qui trouve une bonne occasion de vendre; si elle mettait obstacle à un échange, ou à des opérations avantageuses. Lorsque cet associé a mis son industrie en société, ce n'est pas assurément pour que la société en paralysât l'usage. La société, d'ailleurs, ne trouvera-t-elle pas un équivalent dans les gains que produiront les ventes, dans les intérêts de l'argent par lequel les immeubles auront été remplacés, dans le produit des biens reçus en contre-échange? Il ne faut pas s'y tromper : la société n'a aucun droit réel sur les immeubles; il ne serait pas en son pouvoir de faire annuler les ventes de bonne foi, comme étant faites à son préjudice à *non domino.* Elle n'a contre les tiers que l'action Paulienne, *ob ea quæ in fraudem creditorum facta sunt.* Hors ce cas, son action est toute personnelle d'associé à associé; et encore cette action n'est-elle fondée qu'autant que l'associé a mésusé; car s'il avait aliéné en bon père de famille, aucun reproche ne pourrait lui être adressé.

C'est pourquoi les coutumes reconnaissaient expressément à l'associé le droit de vendre ses propres (1). « Si l'un des parsonniers, disait la coutume de Niver-» nais (2), vend ou hypothèque son propre héritage, » et puis le recouvre, le tout *durant ladite communauté*, » pourtant ne sera ledit héritage racheté comme con-» quêt, et n'y gist aucun remboursement. »

Considérons, en effet, que ce qui entre dans la société,

---

(1) Bourbonnais, art. 278.
(2) Titre 22, art. 12.

ce n'est pas un démembrement des immeubles demeurés propres ; ce sont les gains faits à un titre de commerce par un moyen quelconque, même en aliénant ; car aliéner est souvent un excellent moyen de faire un gain.

Après cela, j'accorderai que les produits des immeubles présens et à venir sont, jusqu'à un certain point, un gain (1); car Pomponius appelle les revenus d'un fonds *quæstus fundi* (2). Je concèderai même que ces revenus tombent dans la société, à tel point que le jurisconsulte Paul veut qu'elle soit chargée des frais de récolte et de perception (3), et c'est ce que l'art. 1837 a entendu exprimer quand il parle de la jouissance qu'a la société des biens propres échus à un associé. Mais il ne résulte pas de là que l'associé soit grevé sur ses immeubles d'une sorte de servitude au profit de la société; il n'en résulte pas qu'il ne puisse pas remplacer le gain tiré de ses immeubles par un autre gain. Non, la société n'a aucun *jus in re;* elle n'a qu'une action *pro socio,* si l'associé fait par sa faute quelque chose de préjudiciable aux intérêts communs.

290. Et de là résulte cette conséquence si équitable, savoir, que le père peut disposer de ses propres pour doter ses enfans, sans que la société ait le droit de s'en plaindre. Car la société n'a jamais compté que le père de famille lui donnerait la préférence sur ses enfans; elle a dû croire que le devoir social cèderait au devoir paternel, et elle ne saurait dire que ses espérances ont été trompées.

Cependant, si on voulait suivre jusqu'à ses conséquences logiques l'opinion de M. Duvergier, il faudrait

---

(1) Brisson, *De verb. signif.*, v° *Quæstus.*

(2) L. 21 D. *De instructo vel instrum. legato.* Combinez-la avec la loi 11, § 12, D. même titre.

(3) Arg. de la loi 12 D. *Pro socio.*

décider que la société peut empêcher le père de doter ses filles; qu'elle peut l'enchaîner dans l'accomplissement d'une obligation sacrée !! que s'il donne à sa fille une dot, la société pourra faire révoquer l'aliénation ou demander une indemnité !!

Une telle prétention serait-elle tolérable ? et les auteurs anciens ne l'ont-ils pas proscrite implicitement en enseignant que le père engagé dans une société universelle de gains doit doter ses filles *de suo* (1). Ce *de suo*, où voulez-vous qu'il se trouve, si la société lui enlève toute l'utilité de son patrimoine propre?

Je le répète donc, le droit de la société de tous gains doit être pris avec réserve. S'il s'étend à tous les gains obtenus à l'aide de l'industrie, il n'enlève pas la disposition raisonnable ou légitime des choses dont l'industrie les fait sortir. Le propriétaire est maître, dans les limites d'une bonne gestion et de la bonne foi, de spéculer sur ses immeubles, de les vendre pour bénéficier, ou pour racheter avec avantage. Il n'est pas surtout dégagé des devoirs que lui impose la nature envers ses enfans. Tout ce qu'on est en droit d'exiger de lui, c'est que sa conduite soit loyale et prudente; c'est qu'il ne commette pas de fautes préjudiciables à la société, ou que des aliénations frauduleuses ne le constituent pas en état de détournement et de prévarication.

291. Quand les économies faites par un associé sont employées par lui en achats d'immeubles, ces conquêts doivent être communiqués à la société. Alors même que le contrat d'acquisition ne porterait pas la mention que l'achat est fait pour le compte de la société, il est certain que la société en profiterait (2), à moins qu'il ne fût

---

(1) *Suprà*, nº 282.
(2) Felicius, c. 14, nºˢ 17 et 19.

fait de deniers exceptés de la communauté (1); auquel cas il prend nature de propre.

292. Mais on demande si l'acquêt fait *proprio nomine* (je le suppose consommé dans des circonstances qui le font tomber dans la société) devient social *ipso facto* et de plein droit, ou si seulement l'associé doit en donner communication à la société. Cette question est importante, et voici pourquoi : si la chose acquise est sociale de plein droit, il s'ensuit que l'associé acquéreur ne pourra la revendre à un tiers sans que la société n'ait une action en revendication contre ce dernier; tandis que si elle est seulement sujette à communication, le tiers ne pourra être troublé ; la société n'aura d'action que contre l'associé (2).

Cette question a fort occupé les anciens jurisconsultes. Felicius en a rempli un de ses chapitres les plus longs (3). Elle me semble cependant tranchée par le jurisconsulte Paul dans la loi 74 D. *Pro socio* : « Si quis societatem con» traxerit, quod emit *ipsius fit, non commune sed societatis* » *judicio cogitur rem communicare.* » Le jurisconsulte romain a ici en vue une société universelle (4), et il suppose que l'acquêt a été fait par l'associé en son propre nom (5). Or, quelle est sa décision ? C'est que la chose entre dans le domaine de l'acheteur seul, lequel n'est tenu qu'à en faire part à la société (6).

Cette réponse me paraît à la fois logique et équitable;

---

(1) Pothier, Société, n° 46.

(2) Felicius, C. 14, n° 2.

(3) C. 14.

(4) V. Cujas sur cette loi, dans son comm. du livre 62 *Pauli ad edict.*

(5) *Ibid.*

(6) *Junge* Bruneman sur cette loi : il cite un grand nombre d'auteurs.

elle vient au secours des tiers qui ont ignoré l'existence de la société et n'ont connu que leur vendeur.

393. Je disais tout-à-l'heure que la société n'a rien à prétendre sur les achats faits avec les deniers propres à un associé.

Elle ne s'étend pas non plus aux acquisitions qui, bien que consommées pendant la société, découlent cependant d'une cause ou d'un titre antérieur (1). On appliquera ici *servatis servandis* ce que je disais au n° 273. Ainsi l'on mettra dans la classe des propres les immeubles repris par l'un des associés en vertu de la révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfans, ou d'ingratitude (2), ou bien par suite d'un réméré, etc., etc.

294. Pareillement, la société ne profitera pas de l'héritage acquis par échange d'un propre (3).

295. Après avoir parlé de l'actif des sociétés universelles de gains, il faut s'occuper de leur passif.

En premier lieu, comme la société profite de tous les meubles que les associés avaient au moment de leur entrée en société, il est juste qu'elle supporte les dettes mobilières existantes, lesquelles, pour me servir de l'expression de Pothier (4), suivent le mobilier et en sont une charge. L'art. 1409 du Code civil nous fournit un argument irrésistible.

296. En second lieu, la société est tenue des dettes que l'un des associés contracte, depuis sa formation,

---

(1) Pothier, *Société*, n° 47.

(2) Pothier, n° 48.

(3) *Ibid.*, n° 50. Lebrun, *Sociétés tacites*, ch. 3, n° 6.

(4) Pothier, n° 52.
Junge M. Duranton, t. 17, n° 372.
M. Duvergier, n° 111.

dans l'intérêt social (1), ou pour parvenir au gain qu'il doit mettre dans la société. « Æs alienum *quod ex* » *quæstu* pendebit (3). »

297. En troisième lieu, la société supporte toutes les dépenses d'entretien et de nourriture des associés, de leurs femmes et enfans; elle doit même subvenir à l'éducation de ceux-ci, car l'éducation est assimilée à la nourriture et en fait partie (3). C'était une règle constante et attestée par Lebrun pour les anciennes sociétés taisibles (4). La raison en est que ces dépenses de première nécessité sont une charge des gains que chaque associé doit conférer à la société. C'est avec le montant de ses journées qu'un ouvrier fait marcher son ménage; c'est avec ses profits quotidiens qu'un laboureur subvient aux besoins de sa famille. Il faut donc que la caisse sociale, dans laquelle l'un et l'autre versent leurs salaires et leurs profits, soit grevée de cette obligation (5).

Et cela était d'autant plus vrai dans l'ancien droit que les comparsonniers vivaient ensemble au même pain et feu, et sous le même toit; jamais on n'avait pensé à faire de distinction entre ceux d'entre eux qui consommaient le plus, et ceux qui consommaient le moins, entre ceux qui avaient une famille nombreuse et ceux qui n'en avaient pas. Plus la famille était éten-

---

(1) Paul, l. 12, D. *Pro socio.*
Pothier, n° 53.

(2) Paul, l. 12, D. *Pro socio.*

(3) Lebrun, *Sociétés tacites*, ch. 4, n° 17.

(4) *Loc. cit.*

(5) M. Duranton, t. 17, n° 375.

Contrà M. Duvergier, n° 112, qui croit à tort que ce point doit être réglé comme dans la société de biens présens. Il oublie, et l'autorité que l'ancien droit exerce ici sur le nouveau, et les raisons péremptoires que je retrace.

due, plus elle travaillait et fournissait à la masse commune, et une juste proportion finissait par s'établir entre la dépense et les produits. Aujourd'hui, nous ne pouvons raisonner sur des faits habituels contemporains, puisque de telles sociétés ne se rencontrent que très-rarement ; et encore sont-elles plutôt une continuation des anciennes sociétés taisibles. On leur appliquera donc la doctrine que je viens d'énoncer. Mais si, par hasard, il venait à s'en former de nouvelles, on prendrait pour règle les données d'autrefois. Car cette organisation des sociétés taisibles fut le fruit d'une longue et sage expérience, et il faudrait d'autant plus en profiter, qu'il est difficile de concevoir une société universelle de gains sans la vie commune qui seule y peut maintenir, au moyen d'une surveillance réciproque, la bonne foi, la fidélité, l'accomplissement scrupuleux des devoirs sociaux. Or, dans un régime de vie commune, dénué de règlement sur les dépenses respectives, n'est-il pas clair qu'on a entendu faire une masse confuse de tous les besoins, pour les mettre à la charge de la société? Au surplus, en laissant de côté toute considération secondaire, il y a une raison prédominante à laquelle je m'attache : c'est que l'entretien du ménage est une charge des gains, et qu'il passe par conséquent au compte de la société qui perçoit ces gains. C'est pourquoi nous donnons ici une solution différente de celle qui nous a paru préférable dans la société universelle de biens présens (1).

298. Quant aux dots, il est clair, d'après ce que nous avons dit au n° 282, que ce n'est pas une charge de la société universelle de gains, mais une charge des propres (2).

---

(1) *Suprà*, n° 281.
(2) *Suprà*, n° 290.

Art. 1839.

La simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains.

SOMMAIRE.

299. Raison de l'art. 1839 pour faire préférer dans le doute la société universelle de gains à la société de tous biens présens.
300. Et, malgré cette faveur accordée à la société universelle de tous gains, il faut repousser les interprétations qui donneraient trop d'étendue à ses élémens. Exemple tiré des lois romaines.

COMMENTAIRE.

299. Cette disposition est empruntée aux lois romaines. « Coiri societatem et simpliciter licet; et si non » fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ » ex quæstu veniunt (1). »

La raison en est que la société universelle de gains a des conséquences moins graves que la société universelle de biens présens. Car celle-ci renferme une aliénation des immeubles, tandis que l'autre les laisse intacts dans la main des associés (2).

300. Il y a plus : tout en admettant de préférence la saciété universelle de gains, il est d'une bonne interprétation de ne pas étendre les conventions des parties à des conséquences qui dépasseraient, sans une absolue nécessité, les limites ordinaires de la loi. Ainsi, dans un contrat

---

(1) Ulpien, l. 7 D. *Pro socio.*
(2) Pothier, n° 43.
MM. Duranton, t. 17, n° 366.
Duvergier, n° 113.

de société qui dirait que les parties ont entendu former une association universelle de tous gains et profits, on ne serait pas fondé à soutenir que ce mot *profits* ajouté au mot *gains* a une vertu extensive, et qu'il n'a été employé que pour ajouter aux gains de l'industrie les profits advenus à titre lucratif. Ce serait forcer la volonté des parties, qui, si elles eussent eu l'idée d'arriver à un résultat si exorbitant, se seraient servies d'expressions plus énergiques. « Sed etsi adjiciatur ut *et quæstus et* » LUCRI socii sint, verum est, non ad aliud lucrum, » quàm quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem » pertinere(1). » On voit que les redondances n'étaient pas plus étrangères chez les Romains que chez nous, aux contrats du droit privé (2).

Article 1840.

Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner et de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.

SOMMAIRE.

301. Vices de l'art. 1840. Pourquoi cet article fait de la société universelle un titre lucratif. Il a craint qu'on ne s'en servît pour masquer des donations. Il les déclare donations de plein droit.

302. Des personnes à l'égard desquelles cette présomption a été érigée. Toute société universelle est réputée donation, soit en ce qui concerne les *prohibitions* de donner, soit en ce qui concerne la *restriction* au droit de donner.

---

(1) Paul, l. 13 D. *Pro socio*.

(2) On trouve une pareille solution du même jurisconsulte dans la loi 71, § 1, D. *Pro socio*, qui offre l'exemple d'une clause encore plus redondante. « *Lucri*, questûs, ac compendii societas. »

303. Mais cette présomption est inexplicable en ce que concerne les sociétés universelles de gains.
304 et 305. Quels sont les résultats auxquels le conseil d'État a voulu arriver par l'art. 1840?
306. Opinion de quelques auteurs qni exagèrent ces résultats contre le vœu bien marqué du conseil.
307. Conciliation de la discussion du conseil d'État avec le texte de l'art. 1840.
308. Conclusion.
309. De quelques incapacités. De l'effet de la survenance d'enfans sur une société universelle.
310. De la société entre un père et son fils incestueux ou adultérin.
311. Qui peut demander la nullité de la société.
312. De la société de fait qui a subsisté malgré la nullité et la prohibition de la loi.
313. De la perte de la chose survenue pendant la société de fait.

COMMENTAIRE.

301. Je n'ai pas d'éloges à donner à l'art. 1840. Ajouté par amendement, à la suite d'une assez longue discussion au conseil d'État, il manque de mesure dans ses effets et de justesse dans sa rédaction. Si les sociétés universelles étaient fréquentes, il ferait pulluler les procès et embarrasserait au plus haut degré les partages et les liquidations.

Recherchons cependant les causes qui l'expliquent.

La société n'est pas un titre lucratif. L'idée de société exclut l'idée de donation. « Donationis causâ, societas » recté non contrahitur (1). » Pourquoi donc l'art. 1840 soumet-il les sociétés universelles aux mêmes prohibitions que les donations?

Le voici :

Les sociétés universelles sont très-rares (2) dans les

---

(1) Ulpien, l. 5, § 2, D. *Pro socio.*

(2) M. Béranger, conseiller d'État (Fenet, t. 14, p. 370) et M. Bigot (*id.*, p. 372), insistèrent sur cette circonstance.

mœurs modernes, et cet état d'abandon démontre qu'elles ne correspondent plus à des intérêts urgens. C'est pourquoi le projet de Code civil les repoussait toutes, à l'exception des sociétés universelles de gains. Si la rédaction définitive du Code, satisfaisant à un vœu exprimé par quelques tribunaux et particulièrement par le tribunal de Paris (1), consentit à autoriser les sociétés universelles de biens présens, ce ne fut pas sans un sentiment de défiance extrêmement marqué. Toutes les discussions du conseil d'État en font foi(2). MM. Treilhard(3), Cambacérès (4), firent de vains efforts pour les défendre contre des appréhensions exagérées. On craignit que les sociétés universelles de biens présens, si peu utiles désormais au développement de l'activité agricole ou commerciale, ne fussent employées que comme moyen de se soustraire aux lois prévoyantes, qui ont soumis les donations à certaines prohibitions ou à certaines restrictions (5).

Donc, pour l'honneur des principes plutôt que pour satisfaire à un besoin pratique, on accorda au droit de propriété la liberté de faire des sociétés universelles de biens présens (6). Mais on voulut aussi que cette liberté ne fût pas une occasion de fraudes.

Pour atteindre ce but que fallait-il faire? Se borner à faire des réserves contre les sociétés frauduleuses, comme le voulait M. Cambacérès (7) ? Dans l'opinion du conseil

---

(1) *Suprà*, n° 263.
M. Berlier. (Fenet, t. 14, p. 368.)
(2) V. Fenet, t. 14, p. 368 à 373.
(3) Fenet, t. 14, p. 371.
(4) *Id.*, p. 370, 371.
(5) MM. Réal, Tronchet, etc., etc. (Fenet, t. 14, p. 372.)
(6) M. Treilhard, *loc. cit.*, p. 371.
(7) *Id.*, p. 372.

d'État, ce n'était pas assez; il fallait les déclarer donations de plein droit. Telle est la pensée qui a dicté l'art. 1840.

302. Mais à l'égard de quelles personnes cette présomption de fraude devait-elle être portée? Convenait-il de la limiter aux personnes respectivement incapables de se donner? Ou bien était-il juste d'en faire profiter tout héritier à réserve?

M. Treilhard, fidèle à son système d'indulgence pour les sociétés universelles (1), proposait de ne les interdire qu'entre personnes incapables de se donner. Cet amendement lui paraissait suffisant pour concilier le droit de contracter avec le respect dû à certaines prohibitions. —Au contraire, M. Tronchet (2), plus intraitable envers les sociétés de biens présens dans lesquelles il persistait à ne voir que de véritables donations (3), demandait un amendement plus large (4); il voulait qu'elles fussent aussi sujettes de plein droit aux réserves. En vain M. Bigot repoussa cette extension, pensant qu'elle serait une source de procès entre les enfans et les pères (5); en vain appuya-t-il l'amendement plus restreint de M. Treilhard : le conseil (ainsi que le prouve l'art. 1840) se prononça pour M. Tronchet.

Donc, toute société universelle est réputée de plein droit donation, soit au point de vue de la prohibition de donner, soit au point de vue de la simple restriction de ce droit.

---

(1) V. Fenet, t. 14, p. 371.

(2) M. Duvergier n'a pas exposé avec exactitude cette discussion : il prête à M. Treilhard l'opinion de M. Tronchet et à M. Tronchet celle de M. Treilhard ; n° 149.

(3) Fenet, t. 14, p 371.

(4) *Id.*, p. 372.

(5) *Id.*, p. 372.

303. En étudiant avec attention cette origine si vivement disputée de l'art. 1840, on est frappé d'une observation.

Cet art. 1840, quelque sévère qu'il soit, n'égale cependant pas en rigidité le projet de Code civil. Car ce projet ne permettait taxativement que les sociétés de gains, et prohibait toute société de biens présens; tandis que la section à laquelle l'art. 1840 vient se lier a donné accès à ces mêmes sociétés de biens présens. Du reste, ni dans la discussion de l'art. 1840, ni dans le projet de Code, aucun soupçon ne s'éleva contre les sociétés universelles de gains. Ce sont les sociétés de biens présens qui furent seules proscrites par le projet; ce sont elles seules que M. Tronchet attaqua comme des donations frauduleuses de plein droit, dans les débats préliminaires de l'art. 1840. Quant aux sociétés de gains, pas un mot qui fasse planer sur elles ces suspicions du parti des prohibitions et des réserves.

Comment se fait-il donc que la rédaction définitive de l'art. 1840 les ait englobées dans une présomption défavorable qui n'avait pas été imaginée pour elles? Comment notre section, beaucoup plus adoucie que le projet de Code civil, châtie-t-elle ces sociétés de gains que le projet laissait à la plus entière liberté?

Il est évident que la rédaction définitive de l'article 1840 a commis une méprise en ce qui concerne ces sociétés. Elle a fait contre elles de l'imprévu dans la réprobation.

304. Mais voici qui est plus embarrassant.

Ainsi que je l'ai dit, les plus animés du conseil d'État contre les sociétés universelles de biens présens se bornaient (et c'était déjà beaucoup) à voir en elles des donations. Les paroles de M. Tronchet déterminent à cet égard la vraie portée de la discussion.

Or, si une donation est nulle entre personnes respec-

tivement incapables, elle est seulement réductible à la réserve entre personnes capables. Les sociétés universelles de biens présens, et (puisqu'il le faut) les sociétés universelles de gains, n'auront donc aucune efficacité entre personnes incapables. Il suffira de dire : Pierre est incapable de recevoir de Paul à titre gratuit ; donc il est incapable de faire avec lui une société universelle (1).

305. Que si, au contraire, la société est faite entre Pierre et Paul, capables de se donner et de recevoir, mais ayant des héritiers à réserve, l'assimilation de la société à la donation conduit à cet autre résultat, savoir, que l'on réduira à la portion disponible les avantages, s'il y en a, que la société procurera à l'un des associés. Vainement dira-t-on que les parties n'ont pas entendu se faire une donation ; que les avantages ont été aléatoires et non pas gratuits; qu'après tout, la société n'exige par une égalité mathémathique d'associé à associé, et que l'inégalité convenue est un pacte de société et non pas un pacte de donation; qu'il n'y a pas de raison pour s'écarter des dispositions de l'art. 854 du Code civil et pour traiter les sociétés universelles plus sévèrement que les sociétés autorisées par cet article entre le défunt et l'un de ses héritiers; qu'un père ne doit pas être présumé avoir voulu faire fraude à la loi parce qu'il a associé à sa communauté l'un de ses enfans, plus actif, plus habile que les autres; que lui, qui aurait pu s'adjoindre un étranger, a pu *à fortiori* chercher un appui dans l'un de ses héritiers plus digne de sa confiance; qu'ainsi, c'est à ceux qui attaqueront la société à prouver la fraude, conformément à l'art. 854 précité. Toutes ces objections seraient bonnes si les sociétés univer-

(1) Art. 991 C. c.

selles avaient été laissées sous l'empire du droit commun; mais la loi les présume donations. Comme donations, elles doivent être réduites, dès l'instant qu'il en résulte un réel et incontestable avantage (1). L'art. 1840 modifie l'art. 854; il le limite par une exception. Ainsi, nullité dans le cas dont nous nous occupions au n° 304; simple réduction dans celui-ci: telles sont les conséquences logiques auxquelles a voulu arriver le conseil d'État. Sa pensée a été formellement énoncée à la fin de la discussion par M. Cambacérès, plus habile à résumer qu'à diriger ou à éclairer un débat (2). Le cas d'existence d'enfans ayant été soulevé par M. Réal, M. Cambacérès exprima en ces termes une opinion qui ne fut pas contredite: « Si la société donne quelque avan-
» tage à l'autre associé, on la réduira à la portion dis-
» ponible (3). »

306. Qu'est-il arrivé cependant dans la rédaction de l'amendement proposé par M. Tronchet? C'est qu'on s'est servi d'expressions louches et ambiguës, qui sembleraient indiquer que l'existence d'héritiers à réserve conduit bien au delà de la réduction des avantages résultant de la société, et qu'elle annule la société tout aussi bien que s'il y avait incapacité réciproque.

Et ces expressions ont paru tellement fortes à M. Delvincourt (4), et, après lui, à M. Duvergier (5), que ces estimables auteurs ont enseigné que l'art. 1840 interdit

---

(1) *Infrà*, n° 308, exemples d'avantages.

(2) V. la préface de mon comm. de la *vente*.

(3) Fenet, t. 14, p. 373. Il est vrai que M. Cambacérès disait cela pour le cas de survenance d'enfans, cas où cette proposition n'est pas vraie (n° 309); mais pour les autres, c'est l'esprit de la discussion.

(4) T. 3, p. 223, notes.

(5) N° 119,

la société universelle à celui qui a des enfans ou ascendans légitimes !!

A ce compte, le Code civil aurait mieux fait de la supprimer entièrement. A quoi bon, en effet, la tirer du néant où la laissait le projet primitif? Pour venir en aide à quelques célibataires sans ascendans, et obstinés dans leur aversion pour le mariage? pour restreindre au plus petit nombre possible de personnes, et aux plus défavorables de toutes, la capacité de contracter une société universelle? pour la défendre dans les cas si fréquens d'héritiers présens à réserve? pour la détruire même, sans savoir si ces héritiers survivront et ne laisseront pas l'associé libre au jour de son décès? Et qui donc oserait former de pareilles sociétés? quelle sûreté dans de tels contrats? quelle contradiction entre la permission du Code et ses restrictions?

307. Quant à moi, je ne saurais me résoudre à prêter au législateur une telle aberration, et je crois que c'est ici une de ces occasions où il faut aider à la lettre par l'esprit. Le sens de la loi a été exprimé si haut et si clairement, qu'on ne saurait un instant hésiter. Qu'a-t-on voulu faire? Mettre le titre des sociétés *en parfait accord avec les lois sur les successions, donations et testamens* (1). Or, donner au texte de l'art. 1840 le sens de M. Delvincourt et de M. Duvergier, ce serait rompre cet accord, ce serait mettre une nullité là où la loi sur les successions, donations et testamens ne place qu'une cause de réduction ; ce serait défendre par l'art. 1840 ce que les art. 1526 et 1527 ont permis dans des conditions identiques.

D'ailleurs, les paroles de l'art. 1840 ne résistent pas autant que le supposent MM. Delvincourt et Duvergier

---

(1) Le tribun Boutteville. (Fenet, t. 14, p. 407.)

à une conciliation du texte et de l'esprit. Que dit-il, cet article, pris textuellement et analysé dans ses termes? Que la société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes *auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*. Or, est-ce qu'il est défendu à un père d'avantager l'un de ses enfans *au préjudice des autres*? est-ce qu'il est défendu à une personne qui a des héritiers à réserve de faire des libéralités à autrui dans les limites de la quotité disponible, bien qu'il en résulte un *préjudice pour les réservataires?* Donc, la société universelle n'est pas défendue dans ce cas, et, dès lors, on arrive à cette conséquence, que la société doit tout simplement donner lieu à une action en réduction, si, par le partage, il en résulte des avantages supérieurs à la quotité disponible (1).

Notez bien que l'explication de MM. Delvincourt et Duvergier aurait cet autre inconvénient : celui d'aggraver bien plus encore que nous ne le disions au nº 303 les sociétés universelles de gains; car ni dans l'ancienne jurisprudence, ni dans le projet de Code civil, si ombrageux cependant pour maintenir les lois prohibitives de certains avantages, on n'avait jamais mis en doute que de telles sociétés fussent permises à des personnes ayant des enfans (2).

308. Tout se réduit donc à une question bien simple. Y a-t-il des avantages réels faits au préjudice des réservataires? Par exemple, un homme qui avait beaucoup de biens présens les a-t-il mis en société avec un

---

(1) *Junge* M. Duranton, t. 17, nº 381; le recueil de M. Dalloz, v. *Société;* celui de M. Delaporte, *Pandectes françaises*, t. 6, p. 559; M. Persil fils, *Des sociétés commerciales*, p. 22. M. Zachariæ et ses annotations, t. 3, p. 61; observations de M. Massé dans la collection de M. Sirey, 39, 1, 546.

(2) Nº 297.

homme qui n'avait rien (1), de telle sorte qu'il a enrichi celui-ci? ou bien l'un des associés a-t-il pris à son compte une part fort considérable des charges, tandis que l'autre n'en a qu'une part évidemment minime? Bien qu'en thèse ordinaire on puisse soutenir que ce ne sont là que des pactes de société (2), ici, on dira, à cause de la présomption de la loi, que ce sont des avantages prohibés, et ce ne sera pas ouvrir une porte à la mauvaise foi, comme le suppose M. Duvergier, et former des rapports sans stabilité. Cet auteur a-t-il donc oublié les art. 1526 et 1527 du Code civil qui organisent précisément entre époux, dans le plus solennel et le plus stable des contrats, un système entièrement conforme à celui que nous soutenons être applicable aux sociétés universelles? Que faisons-nous donc? Au lieu de détruire, comme dans l'opinion de M. Duvergier, nous voulons conserver; seulement, nous excluons des sociétés universelles certains pactes exorbitans, et nous les assujétissons à une règle d'égalité qui est dans l'esprit général du contrat de société. Il est vrai que les tribunaux seront juges de cette égalité, et quoiqu'en dise le même auteur, je ne m'en effraie pas; *le pouvoir discrétionnaire des juges* n'est pas chose si nouvelle que l'expérience ne m'ait appris à ne le pas redouter.

Au surplus, l'opinion de MM. Delvincourt et Duvergier me paraît avoir été proscrite par un arrêt de la Cour de Bourges du 30 mars 1835, dont les principes sont reproduits dans un arrêt de la chambre civile du 25 juin 1839, qui rejette le pourvoi.

Voici les faits constatés dans les qualités de l'arrêt de cassation :

---

(1) Ulpien, l. 5, § 1, D. *Pro socio*, donne un exemple de cette société.

(3) Arg. de l'art. 854 C. c.

Les époux Mathé avaient deux filles, la dame Morichon et la dame Desfougères; le mariage de cette dernière avait eu lieu en 1812. Par le contrat passé à cette occasion, les époux Mathé lui constituèrent une dot de 4,000 fr.; de son côté, le futur époux s'était constitué pareille somme de 4,000 fr.; de plus, les époux Mathé admirent, dans leur communauté conjugale, les futurs époux, pour la cinquième partie de tous leurs meubles et des acquêts qu'ils pourraient faire, à la charge par la future de confondre sa dot dans cette société universelle de gains, et par le futur d'y apporter sa dot aussitôt qu'il l'aurait reçue. Cette société devait durer six ans; les futurs époux devaient cohabiter pendant ce temps avec les sieur et dame Mathé.

A l'expiration des six années, la société fut dissoute et partagée; une attribution de meubles et immeubles fut faite aux époux Desfougères par acte du 7 mars 1819, pour les remplir de leur cinquième.

Desfougères décéda; sa veuve épousa un sieur Blanchard.

Plus tard, et par acte du 21 janvier 1833, Mathé fit donation actuelle à la dame Blanchard d'une somme de 12,000 fr. pour en jouir au décès du donateur.

A la fin de 1833, Mathé décéda, et la dame Morichon, sœur de la dame Blanchard, demanda la nullité de la société de 1812, comme prohibée par l'art. 1840 du Code civil, et le rapport de tout ce que le partage de 1819 avait attribué aux époux Desfougères. Une contestation s'éleva aussi sur la donation de 1833; mais nous n'avons pas à nous occuper de cette partie du débat.

La dame Blanchard soutint que n'y ayant pas prohibition absolue de s'avantager entre elle et son père, l'art. 1840 n'était pas applicable.

21 juillet 1834, jugement du tribunal du Blanc, qui déclare la société valable.

Mais, sur l'appel, arrêt de la Cour de Bourges, du 30 mars 1835 (1), ainsi conçu : « Considérant que suivant l'art. 1840 du Code civil une société universelle » de gains, telle qu'elle est établie par le contrat de mariage du 4 février 1812, *ne peut avoir lieu* qu'entre personnes capables de s'avantager au préjudice des tiers ; » *qu'elle ne peut dès lors exister entre un père et l'un de ses* » *enfans;* qu'ainsi l'on ne peut voir dans l'acte équivalent » à partage, du 9 mars 1819, *qu'une donation déguisée,* » *qui doit être réduite à la portion disponible;*.... dit que cet » acte ne vaudra que comme donation et que, distraction » faite sur la valeur des objets donnés des sommes mises » en communauté par les époux Blanchard, *le surplus* » *n'appartiendra aux époux que jusqu'à concurrence de la* » *portion disponible.* »

La dame Blanchard se pourvut en cassation.

Elle soutenait que l'art. 1840 avait été violé. En consultant au greffe la minute originale de l'arrêt dont les qualités contiennent le résumé de ces moyens, je vois que l'attaque était dirigée moins contre le dispositif, que contre le *motif* portant que *la société ne peut exister* entre un père et l'un de ses enfans. Mais, d'une part, ce motif ne doit pas être isolé de ceux qui le suivent et qui traitent la donation non comme nulle, mais comme réductible; d'autre part et au fond, la dame Blanchard soutenait précisément ce que la Cour avait jugé : savoir, que l'art. 1840 aboutit à faire cesser les avantages prohibés. Aussi le défendeur, disait-il avec raison, qu'il serait tenté de croire que les demandeurs n'avaient pas lu l'arrêt attaqué, car *il s'est exactement conformé à leur système.*

Un second moyen était tiré de ce que la société avait dû laisser des traces ; qu'il y avait eu des faits accom-

(1) Sirey, 39, 1, 551.
D. 39, 1, 250.

plis; que les mises respectives avaient dû produire des gains; que l'industrie des époux Desfougères n'avait pas dû rester sans indemnité; qu'en retirant leurs mises, chacun des associés devait retirer aussi la part des gains qui ont été le résultat de la société et à la production desquelles leur industrie et leurs mises ont concouru; qu'autrement l'annulation de la société nuirait aux uns et profiterait aux autres; qu'ainsi la Cour avait violé la loi en ne donnant aux époux Blanchard qu'un droit au prélèvement de leurs mises.

Mais ce moyen n'était pas meilleur que le précédent; car la société devait si bien laisser des traces aux yeux de la Cour de Bourges, qu'elle laissait subsister le partage jusqu'à concurrence de la portion disponible.

Aussi le pourvoi fut-il rejeté par arrêt de la chambre civile du 25 juin 1837, ainsi conçu :

« Sur les premier et deuxième moyens,

» Attendu que les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ou déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, *ne doivent recevoir leur exécution que jusqu'à concurrence de la quotité disponible;* »

» Attendu qu'en appliquant ce principe à l'acte du 9 mars 1819, qu'il a considéré, non comme un partage réel et sincère d'une société précédemment établie entre les époux Mathé et les époux Desfougères, mais comme une donation déguisée faite au préjudice des défendeurs, l'arrêt attaqué s'est conformé aux dispositions des sect. 1 et 2 du chap. 3 du Code civil, titre *des Donations et testamens*, et n'a violé aucune des règles du *contrat de société*, invoquées par les demandeurs; — rejette (1). »

On a prétendu que ces arrêts ne préjugent en rien la

(1) S. 39, 1, 546.
D. 39, 1, 250.

question de nullité de la société elle-même, par la raison qu'ils n'ont considéré que le partage, abstraction faite de la société (1). Je ne conçois pas cette objection. Le partage est la fin de la société; il est la réalisation de tous ses effets et le complément de ses opérations : et l'on voudrait qu'il y eût pour le partage une condition autre que pour la société qui l'engendre!! on voudrait que la société pût être radicalement nulle, lorsque peut-être elle repose sur les bases d'une parfaite égalité; et qu'elle ne renferme aucun de ces avantages qui l'ont rendue suspecte au législateur; tandis que le partage, manifestant avec éclat l'avantage prohibé et la fraude faite à la loi, serait simplement réductible!! Comment ne voit-on pas que la société, n'aboutissant qu'à des effets réductibles, et non pas nuls, est implicitement déclarée simple donation sujette à l'action en retranchement?

Au surplus, la Cour royale de Bourges, dont les motifs ont torturé l'esprit des arrêtistes (2), me paraît avoir erré plutôt dans l'expression que dans l'idée.

Il est vrai qu'elle dit que la société ne peut avoir lieu entre un père et l'un de ses enfans, et si ce considérant n'était pas mitigé par ceux qui le suivent, elle serait allée beaucoup trop loin. Mais en prenant l'arrêt dans son ensemble, on aperçoit facilement qu'il restreint la prohibition à la quotité indisponible. Dans ces limites, l'arrêt est aussi conforme au texte qu'à l'esprit de l'article 1840.

309. Je ne veux pas passer en revue les incapacités créés par la loi en matière de donations et testamens; je renvoie aux dispositions du Code civil, qui s'en occupent spécialement. Je m'arrêterai un instant seule-

(1) Note du journal Sirey, *loc. cit.*
(2) Voyez les notes de M. Dalloz, *loc. cit.*

ment à deux cas particuliers, qui demendent un mot d'explication.

Lorsqu'une donation est faite par une personne qui n'avait pas d'enfans, la survenance d'enfans révoque sa libéralité de plein droit, d'après l'art. 960 du Code civil. Or, en suivant l'analogie de la société universelle et de la donation, il semble qu'on puisse dire que la survenance d'enfans révoquera *ipso jure* la société universelle contractée par celui qui, au moment du contrat, n'avait pas de descendance. Et cette idée avait frappé M. Réal, dans la discussion du conseil d'État. « D'a» près le principe adopté, disait-il, la survenance d'en» fans détruira la société de tous biens. » Mais M. Cambacérès répondit : « Que si la société donne quelque » avantage à l'autre associé, on le réduira à la portion » disponible (1). »

Cette observation me paraît souffrir de graves difficultés, et je crois que M. Réal était plus dans le vrai de l'art. 1840. M. Cambacérès raisonnait comme si la survenance d'enfans ne produisait pas des effets plus graves que la réduction. Mais on sait que cet évènement attaque la donation dans sa racine et la révoque pour le tout. Dès lors, quel moyen y aurait-il de soustraire à une cessation immédiate la société universelle, que la loi présume donation?

310. *Quid* de la société universelle contractée entre un père et son enfant incestueux ou adultérin (2) ?

Il n'y a pas de doute que les héritiers du père peuvent la faire révoquer lorsque la filiation adultérine ou incestueuse a été légalement constatée; inutile de dire, du reste, que cette filiation ne pourrait résulter d'une reconnaissance volontaire, proscrite par l'art. 335 Code

(1) Fenet, t. 14, p. 373.

(2) Art. 908 et 762 combinés.

civil, et que les demandeurs en nullité ne pourraient être admis à la recherche de la paternité (1).

311. Dans tous les cas où la société est prohibée, la nullité ne peut être demandée que par la personne en faveur de qui la prohibition a été établie (2).

312. Lorsque la société est révoquée par suite d'une incapacité, on a égard à la communauté de fait qui a eu lieu entre les parties (3). Quant à leurs pactes sociaux, on ne les respecte qu'autant qu'ils sont l'expression des rapports légaux existant entre associés; mais on considère comme non avenus tous ceux qui tendraient à établir une inégalité et à constituer des avantages. Il y a, sous ce rapport, une différence entre la doctrine que nous avons exposée au numéro 249 et celle qui prévaut ici. La raison en est palpable.

C'est particulièrement dans la crainte d'avantages prohibés que l'art. 1840 s'est armé de sévérité; c'est comme donation qu'il frappe la société universelle. Donc, pour entrer dans le but commandé par cet article, on ne doit tenir aucun compte des inégalités conventionnelles d'où peuvent résulter des avantages. Or, on sait que ce motif manque tout-à-fait dans ce cas du numéro 249, où la nullité est prononcée pour des causes d'un tout autre ordre.

Les associés retireront donc leurs mises; on tiendra compte des fruits que ces mises auront produits et de la récompense due à leur travail; on procèdera *arbitrio boni viri* (4).

---

(1) M. Duranton, t. 17, n° 380.

(2) M. Duranton, t. 17, n°s 378 et 380.
M. Duvergier, n° 122.

(3) MM. Duranton, t. 17, n° 883,
Duvergier, n° 123,
Persil fils, p. 23, n° 25, ont traité cette question.

(4) *Suprà*, n° 308.

313. Si une chose mise en commun avait péri pendant la société de fait, M. Duranton (1) veut que la perte soit pour le propriétaire. M. Duvergier trouve, au contraire, que cette décision conduirait à des résultats contraires à l'équité. Il veut que les juges consultent les circonstances et décident *ex æquo et bono* (2).

Cette latitude ne me paraît pas dans l'esprit de l'article 1849. Considérée comme donation, la société doit être traitée comme telle; or, la révocation de la donation place les parties, du moins en ce qui concerne la propriété, au même et semblable état que si la chose n'eût pas été transmise : donc, la société doit être jugée avec le même principe, et la règle *Res perit domino* fait retomber la perte sur le propriétaire.

SECTION II.

DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES.

Article 1841.

La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir.

Article 1842.

Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière.

---

(1) T. 17, n° 183.
(2) N° 124.

SOMMAIRE.

314. Des sociétés particulières. Ce qu'elles comprennent. Les sociétés appelées autrefois générales étaient des sociétés particulières.
315. Variété d'objet des sociétés particulières.
316. Fréquence de ces sociétés.
317. Elles se divisent en deux grandes classes, les *sociétés civiles* et les *sociétés commerciales*.
318. Importance de cette distinction ; détails pour la mettre en lumière.
319. Des sociétés pour l'achat et la revente des biens. Elles sont civiles.
320. Mais les parties pourraient se constituer, si elles le veulent ; en sociétés de commerce. Réfutation d'un arrêt de la Cour de Metz.
321. Société pour banque territoriale.
322. La societé pour l'exploitation des produits de la terre est civile. Exemples.
323. Société de cheptel.
324. Société pour l'engrais des bestiaux, formée entre cultivateurs et bergers.
325. Société pour l'exploitation d'un bail.
326. Société pour l'exploitation d'une mine.
327. Il n'est pas vrai qu'une société pour l'exploitation d'une mine devienne commerciale par cela qu'elle est constituée en société anonyme. Examen de la jurisprudence sur cette question. Ce n'est pas la forme d'une société qui la rend civile ou commerciale.
328. Une société civile peut se gouverner par tout pacte non illicite ; elle peut faire certains emprunts à la société de commerce, sans devenir commerciale.
329. Revue des arrêts. Sens exact qu'il faut leur prêter. Quelquefois une opération sur les mines est mixte, et si le caractère commercial domine dans les actes qu'elle embrasse, on peut la déclarer commerciale plus que civile.
330. Résumé là-dessus.
331. Les parties peuvent aussi, si elles le veulent, se constituer en société commerciale. Elles peuvent renoncer au bénéfice de la loi du 21 avril 1810.

entreprises de transport, comme, par exemple, les sociétés de chemins de fer.

353. Les sociétés pour les transports militaires sont commerciales.

354. De la société formée avec un maître de poste pour l'exploitation de son brevet; elle est civile.

355. Société pour la ferme d'un bac, est également civile.

356. Les sociétés civiles sont plus nombreuses qu'on ne le suppose. Mais les sociétés commerciales le sont beaucoup plus.

357. Simplicité originaire des sociétés de commerce. L'écriture les a compliqués daus l'intérêt du crédit.

358. Subdivisions de la société de commerce.

§ 1. *De la société en nom collectif.*

359. Son caractère de solidarité, ses effets.

360. Elle a une *raison sociale*. Définition de la raison sociale. Antiquité de son usage.

361. Réfutation du système de M. Frémery qui pense qu'originairement la raison sociale annonçait une société en commandite et non pas une société collective.

362. Passage de Bartole qui prouve que le sens de la raison sociale était d'atteindre tous les associés par les effets de la solidarité.

363. Passage conforme de Paul de Castro, postérieur à Bartole.

364. Et de Straccha. Décision de la rote de Gênes qui en contient la confirmation.

365. Autres décisions de ce tribunal examinées et enlevées au système de M. Frémery.

366. Suite.

367. Suite.

368. Examen du statut de Gênes.

369. Il serait bien singulier, du reste, que la signature collective *N. et compagnie* n'eût désigné originairement qu'une société non collective.

C'est, au contraire, la société en commandite qui a emprunté la raison sociale à la société collective.

370. Formule de raison sociale. Elle n'est pas sacramentelle.

371. Il ne faut pas confondre avec la raison sociale le nom que l'on donne à un établissement pour des motifs d'achalandage.

372. Il n'y a que les noms des associés qui puissent faire partie de la raison sociale.

D'où il suit que la raison sociale n'est pas cessible.

373. L'emprunt d'un nom étranger à la société peut compromettre celui qui le prête, même quand on aurait averti d'une manière générale que ce dernier n'entend pas s'obliger.
374. La raison sociale est fixée par l'acte de société.
375. Cet acte règle aussi quel est celui des associés qui aura la signature sociale.
376. La raison sociale est de l'essence de la société en nom collectif. Comment ceci doit être entendu.

§ 2. *De la société en commandite.*

377. Idée des obligations des commanditaires et des gérans.
378. Origine de la commandite. Étymologie du mot.
Analogie de la commandite et du cheptel, appelé dans quelques provinces *commande* de bestiaux.
379. Suite.
380. Fréquence de la *commande* commerciale dans le moyen âge.
381. Elle n'a pas plus pris naissance en Italie qu'en Provence.
La *commande* était une vraie société. Dissentiment avec les auteurs qui ont enseigné le contraire.
382. Quelquefois cependant la *commande* est un mélange de louage et de mandat. Mais en général les coutumes commerciales l'appellent société.
383. Des sociétés de commande à l'époque des Croisades; des sociétés de commande formées par les Lombards; des sociétés de commande pour les bestiaux. Utilité de la commande pour les capitalistes nobles et bourgeois qui ne veulent pas faire le commerce.
384. Résumé sur la commandite jusqu'au dix-septième siècle.
385. On la considère comme branche de la société anonyme. Principes de l'école italienne à cet égard; à peine si elle distingue la commandite de la participation.
386. Place donnée à la commandite par l'ord. de 1673. Cette ordonnance la distingue ponctuellement de la participation. Elle prend un nouveau caractère.
387. De la commandite entre un négociant et un non négociant, d'après l'ord. de 1673 et Savary.
388. Elle ne devait pas être enregistrée.
389. Inconvéniens de cela.
390. De la commandite entre négocians sous l'ord. de 1673 et d'après Savary.

Cette société diffère beaucoup de la commandite organisée par le C. de c.

391. Tous les associés y ont un rôle actif et un ministère à remplir.

392. Point de raison sociale. Chacun agit séparément, sous son nom particulier. Savary compare cette société à une république.

393. Les billets se font sous le nom particulier de chacun.

394. Savary veut qu'on fasse enregistrer la partie qui intéresse le public.

395. Résumé sur cette organisation modèle donnée par Savary. Elle ne ressemble en rien à la societé en commandite du C. de c.

396. Depuis Savary, la commandite adopta l'usage d'une raison sociale. Elle divisa très-souvent son capital social en actions. Pothier paraît n'avoir pas connu ce progrès.

397. Autres combinaisons auxquelles s'adapte la commandite; elle se prête même à la solidarité. Les idées italiennes sur la commandite sont entièrement modifiées.

Exemple pris de la compagnie générale des assurances organisée par édit de Louis XIV de 1686 et se donnant le titre de société en commandite.

398. Résumé sur l'état des choses à l'époque du C. de c.

399. Discussions dans le sein du conseil d'État. Point de vue incomplet auquel se place M. Merlin.

400. Des conseillers d'État plus expérimentés que lui en matière de commerce empêchent le projet de Code de dévier. Le Code maintient à la commandite la raison commerciale.

401. En un mot, le législateur a plutôt sous les yeux les grandes tentatives faites sous Louis XIV et depuis, que la commandite restreinte dont a parlé Pothier.

402. Faculté donnée à la commandite de diviser son capital par actions afin d'attirer à elle une grande masse de capitaux.

403. La commandite peut se combiner avec la société collective.

404. Elle doit toujours être publiée. Par une combinaison ingénieuse et long-temps cherchée sans pouvoir être trouvée, on tait les noms des commanditaires, on publie le montant des capitaux.

405. Les commanditaires sont condamnés à l'inaction administrative; le gérant seul peut agir et faire le commerce.

406. Cette organisation, décretée par le C. de c., réunit tous les

avantages des systèmes essayés avant lui.—Réponse à des craintes et à des critiques.

407. Suite.

408. Analyse des conditions qui régissent la commandite. Elle doit avoir une raison sociale.

409. La raison sociale ne peut comprendre que les noms des personnes associées.

410. Tout le négoce se fait sous le nom des gérans, et ceux-ci sont responsables indéfiniment et solidairement.

411. Suite.

412. Il peut y avoir un ou plusieurs gérans.

413. Dans les commandites par actions, on exige ordinairement des gérans un dépôt d'actions pour sûreté de leur gestion.

414. Une société est présumée collective et non en commandite.

415. Il n'y a que les sociétés d'armement en course qui soient réputées de plein droit sociétés en commandite et non sociétés collectives.

416. Argumens pour faire prévaloir la commandite dans toutes les sociétés quelconques. Réponse.

417. Suite.

418. Au surplus, il n'y a aucune forme sacramentelle pour caractériser la commandite.

419. Le commanditaire ne peut être désigné dans la raison sociale.

420. Il ne peut ni administrer ni faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société. Sinon, il devient solidaire ; volonté précise du C. de c. à cet égard. Le législateur a banni la commandite républicaine de Savary.

421. Le commanditaire ne peut même être employé comme mandataire.

422. Critiques dirigées contre ce système d'abstension par quelques auteurs graves.

423. Réponse. But de la loi.

424. Mais la pensée du législateur ne doit pas être exagérée. Esprit du C. de c. Reproche fait à quelques auteurs de ne l'avoir pas compris.

425. Les commanditaires ont droit d'assister aux assemblées auxquelles les gérans rendent leurs comptes.

426. Et à celles qui, en vertu d'un droit réservé par l'acte de société, ont pour but de modifier les statuts.

§ 3. *De la société anonyme.*

469. Conversion des sociétés en commandite en sociétés anonymes.
470. Recherches du gouvernement sur la moralité de l'entreprise, sur son utilité, l'aptitude des associés, etc., etc. Nécessité d'un contrôle à cet égard.
471. De l'établissement d'un commissaire du roi.
472. Toutes ces précautions n'empêchent pas toujours une société anonyme de mal tourner.
473. Une faillite n'est pas un évènement impossible dans une société anonyme.
474. Du droit d'interpréter les statuts.
475. De l'administration provisoire qui précède l'obtention de l'autorisation.
476. Suite.
477. Suite.
478. Suite.
479. Avant l'émission de l'ord. les droits des actionnaires ne sont qu'éventuels. Ils peuvent les vendre comme une espérance.

§ 3. *De l'association en participation.*

480. Utilité de la participation, surtout dans le commerce maritime.
481. Elle s'appelait autrefois société anonyme. Définition qu'en donne Savary.
482. 1re *combinaison.* Achat d'une partie de marchandises par un négociant en participation avec un autre.
483. L'acheteur paraît seul et s'oblige seul.
484. Une telle association n'intéresse pas le public et ne doit pas être enregistrée.
485. 2e *combinaison.* Admission de participans à un marché déjà conclu, par exemple, à un bail d'octroi.
486. 3e *combinaison.* A peu près semblable pour une opération maritime.
487. 4e *combinaison.* Achats faits en foire et séparément pour en partager les bénéfices. *Société momentanée.*
488. 5e *combinaison.*
489. Ce n'était pas par oubli que l'ord. de 1673 ne parlait pas de la participation. Ce qu'en dit le C. de c. n'est guère plus expressif que le silence de l'ord. de 1673.
490. La participation n'est pas une société proprement dite.
491. Les Romains firent-ils cette distinction ?
492. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle joue un grand rôle

511. Mais quoique chaque associé reste propriétaire de la chose conférée, néanmoins celui qui gère en est saisi, et si elle consiste en un meuble, les créanciers personnels des propriétaires n'y peuvent rien prétendre du chef de ce dernier qu'après la liquidation.

512. Que si la chose est un immeuble, il en est autrement, et les tiers qui y ont acquis des droits du chef du propriétaire ne peuvent se les voir enlever, sous prétexte de créances sociales. Une société en participation n'a pas droit de se poser en face des tiers.

513. Il est si vrai, du reste, que chacun conserve la propriété des mises, que si le propriétaire de la marchandise, qui l'a expédiée à son participant pour la vente, se trouve dans les conditions de la revendication en cas de faillite, il peut l'exercer.

514. Renvoi pour un plus ample examen de ces questions.

515. De compte de profits et pertes de l'opération. De l'étendue du concours aux pertes. Différence à cet égard entre la commandite et la participation.

COMMENTAIRE.

314. Toute société, qui ne rentre pas dans la classe des sociétés définies dans la section précédente, est une société particulière : bien qu'elle embrasse toute une branche d'opérations, bien que les affaires auxquelles elle s'applique soient très-vastes et très-compliquées, la société n'en sera pas moins une société particulière, pourvu qu'elle ne soit pas de tous biens présens ou de tous gains. Ainsi, ceux qui s'associent pour une entreprise désignée (1), pour l'exercice d'un métier ou d'une profession (2), pour l'exploitation d'une branche de commerce ou d'industrie, ne font que des sociétés particulières. Autrefois, dans le langage du négoce, on appelait société générale une espèce de société dont

---

(1) Texte de l'art. 1842.
(2) *Idem.*

nous nous occuperons plus tard, la société en nom collectif : jamais on n'a mis cette espèce de société dans la classe des sociétés universelles. Pour être générale, elle n'en était pas moins particulière, dans le sens que nous attachons à ce dernier mot, qui n'est employé ici que par opposition aux sociétés universelles.

315. L'objet des sociétés particulières est d'une infinie variété. Tantôt on met en société une chose ou plusieurs choses déterminées, dont la propriété passe au corps social; tantôt on ne met en commun que l'usage de ces mêmes choses ou leurs fruits à percevoir (1); d'autres fois, ce sont deux ou plusieurs industries qui s'associent pour un métier, un art, une profession, un commerce (2).

316. Autant les sociétés universelles sont peu fréquentes, autant les sociétés particulières jouent un rôle actif dans le mouvement des affaires : c'est en elles que se concentre aujourd'hui presque tout l'intérêt du contrat de société.

317. Elles se divisent en deux grandes classes :

Les sociétés civiles,

Les sociétés commerciales.

Les sociétés commerciales sont celles qui sont formées pour exercer un commerce ou pour faire des actes de commerce : c'est leur but qui leur imprime le caractère commercial. Toutes les autres sociétés sont des sociétés civiles.

Le Code de commerce a défini les actes réputés commerciaux (art. 632, 633). Quand une société se forme pour se livrer à l'un de ces actes, elle est société de

---

(1) *Suprà*, n° 122, j'ai examiné la question de savoir quand la convention est censée comprendre la mise en société de l'usage plutôt que la mise en société de la propriété. Celsus, l. 58 D. *Pro socio*. Pothier, n° 54.

(2) Pothier, n° 54, art. 1842.

commerce. En dehors de cette limite, les sociétés sont purement civiles; leurs spéculations et leurs gains n'ont rien de commercial.

318. La distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales est importante. Les lois et usages du commerce ont dérogé en certains points aux principes de la société civile (1). Le caractère de la société doit donc être exactement fixé pour que le juge puisse régler avec précision la position des parties. Nous allons donc entrer, à cet égard, dans quelques détails nécessaires.

319. Depuis plusieurs années, de vastes entreprises se sont formées pour acheter et revendre les biens fonds; des gains considérables ont été réalisés, par cette sorte de transformation de la propriété immobilière, en une marchandise; et à travers quelques désastres particuliers, les nombreuses sociétés qui ont opéré sur cette valeur (2) ont eu des chances très-profitables. On ne doit cependant pas les considérer comme sociétés commerciales; l'article 632 du Code de commerce s'y oppose. L'achat des immeubles, dans le but de les revendre, n'a pas été qualifié par lui acte de commerce : assurément, c'est une lacune. On ne voit pas pourquoi on ne traiterait pas comme marchands ceux qui traitent la propriété foncière comme une marchandise. Mais, enfin, la lacune est réelle; il n'appartient pas à la jurisprudence de la combler (3).

---

(1) Art. 1873 C. c. Art. 1852 C. c.

(2) En l'an XIII, la Cour de cassation appelait ces sociétés *extraordinaires* ! ! (V. l'arrêt rapporté à la note qui suit.) Depuis, les choses ont bien changé.

(3) Arrêt de la Cour de cassation du 28 brumaire an XIII. (Dalloz, *Société*, p. 88, 89.) 14 décembre 1819. (Dalloz, t. 2, p. 732. S. 12, 2, 417.) Metz, 18 juin 1812. (Dalloz, *Commerce* (acte de), p. 731); M. Pardessus, t. 1, n° 10. M. Merlin, *Quest. de droit*, V. *Commerce* (acte de), § 5.

320. Toutefois, on peut se demander si les parties ne pourraient pas se constituer en société de commerce par une expression manifeste de leur volonté.

La Cour de Metz semble incliner vers la négative par son arrêt du 18 juin 1812, que je citais tout à l'heure en note. Elle croit que des raisons d'ordre public ne permettent pas de livrer la propriété immobilière à des combinaisons qui en feraient une marchandise sujette à l'agiotage.

Néanmoins, le tribunal du Havre, par une décision dont je vais rendre compte, ne s'est pas arrêté à ces scrupules; il a pensé que rien n'empêche les associés civils de donner à leur société les effets des sociétés de commerce. Il est vrai que la Cour de Rouen, saisie de l'appel de cette décision, a mieux aimé tourner la question que la trancher; mais le jugement du tribunal du Havre est fait pour frapper l'attention; c'est pourquoi je vais en faire connaître l'espèce. Je ne l'ai pas encore vue dans les recueils de jurisprudence.

En 1838, Bréard, courtier de commerce, fonde deux sociétés dites en *commandite* pour acheter des terrains et les revendre. Il est convenu que les contestations entre associés seront soumises à des arbitres.

Le sieur Quentin souscrit quatre actions; mais bientôt, redoutant les suites d'une société dont il aperçoit trop tard les dangers, il refuse de payer le montant de ses actions.

Aux termes des statuts, le gérant les fait vendre au profit de la société, devant le notaire de la société; il y a perte de 9,300 francs; le gérant l'actionne en indemnité de cette somme.

Quentin demande nullité de l'acte de société, qu'il n'a souscrit, dit-il, que par erreur, croyant, à tort, qu'il était permis de donner la constitution commerciale

à une société, que des lois d'ordre public veulent renfermer dans le cercle des sociétés civiles.

Le tribunal du Havre décide que les associés civils peuvent organiser leur société de manière à lui donner les effets de la société en commandite commerciale, et qu'aucune erreur ne vicie le consentement de Quentin.

Appel. Arrêt de Rouen du 24 février 1840, ainsi conçu :

« Attendu qu'en supposant qu'il ne fût pas licite de donner à une association constituée pour l'achat et la revente d'immeubles la forme et tous les effets d'une société commerciale en commandite, cette erreur aurait été partagée par tous les actionnaires;

» Que les uns ne pourraient s'en prévaloir au préjudice des autres et faire subir à ceux-ci l'engagement pris au nom de tous; que les choses ne sont plus entières; que des acquisitions importantes ont été faites pour le compte de la société; que des obligations ont été contractées au respect des tiers et doivent être exécutées; qu'après l'accomplissement des faits irrévocablement consommés, les sociétaires se trouvent dans la nécessité d'achever les opérations commencées; que l'annulation ou la résiliation de l'acte social n'aurait pas la puissance de réargir sur le passé et d'effacer ce qui a été fait dans l'intérêt commun..... ;

» Que l'erreur de droit alléguée par Quentin n'affectait ici que la forme de l'acte ou tout au plus certaines stipulations accessoires, et laissait subsister dans toute sa force la volonté des parties. »

Quentin s'est pourvu en cassation, et, par arrêt du 9 juin 1841, au rapport de M. Joubert et sur les conclusions de M. Delangle, la chambre des requêtes a rejeté le pourvoi : mais son arrêt laisse indécise la question nettement abordée par le tribunal du Havre.

Pour moi, je crois que la décision de ce tribunal était

juridique, et je ne partage pas les craintes qui ont empêché la Cour de Rouen de s'en occuper. Je ne vois pas pourquoi l'ordre public serait intéressé à ce que des spéculateurs ne se soumissent pas aux engagemens commerciaux, qui rendent leur position plus dure à l'égard des tiers. La Cour de Metz a rendu l'arrêt, qui a tenu en suspens la Cour de Rouen, à une époque où les opérations sur les immeubles avaient peu de développement, et où des esprits timides, dominés par des souvenirs d'agiotage, voulaient détourner les spéculateurs de cette industrie réputée menaçante. Depuis ce moment, les choses ont changé d'aspect, et la Cour de Metz a pu voir, dans le riche pays placé sous sa juridiction, les ventes et reventes d'immeubles augmenter de plus en plus le nombre des propriétaires, stimuler l'esprit laborieux des agriculteurs jaloux d'entrer dans le cadre des possesseurs du sol, et donner enfin à la propriété foncière une valeur plus considérable que jamais.

Oui, tels sont les résultats de ce que l'on appelle vulgairement le commerce des biens; voilà comment les craintes ont été vérifiées !!! Or, puisque la propriété est désormais un aliment offert aux sociétés de spéculateurs, qu'importe, je le demande, que ces sociétés restent civiles, ou bien que les associés se soumettent aux obligations de la loi commerciale ? Quant à moi, je ne connais pas une raison soutenable pour restreindre à cet égard la volonté des parties ; je crois même qu'il est bon que cette volonté puisse faire ce que la loi aurait dû faire dans l'intérêt du crédit, et je désire que la jurisprudence finisse par se prononcer en ce sens (1).

321. Nous venons de voir des spéculateurs s'efforcer de donner à une opération, civile par sa nature, les

---

(1) V. plus bas une question analogue pour les sociétés de mines.

effets d'une opération commerciale. Il y a une position inverse. D'autres spéculateurs, voulant échapper à la loi commerciale, ont imaginé de transformer le commerce de banque en opérations civiles sur les immeubles. Voici comment :

Des banquiers de profession avaient formé une société dont le but était de prêter de l'argent aux agriculteurs, aux propriétaires et autres personnes de toutes classes, moyennant des ventes d'immeubles à réméré que les emprunteurs devaient faire à cette société. Cette société avait pris le nom de *Banque territoriale*, et, à la faveur de cette dénomination, elle se prétendait exempte de certains effets rigoureux qui accompagnent les opérations commerciales : mais, au fond, elle ne faisait que la banque. Les ventes d'immeubles qu'elle se faisait consentir n'étaient qu'une garantie de ses prêts et ne constituaient pas le but primitif et direct de l'entreprise. On pense bien que la sagacité des magistrats la maintint dans la catégorie des sociétés commerciales (1).

322. Le caractère civil que retiennent les opérations sur les immeubles, quand aucune circonstance ne vient en altérer la nature, se communique à plus forte raison aux spéculations du propriétaire sur les produits de son fonds, et aux opérations qui sont l'auxiliaire et le complément de l'agriculture (2).

Ainsi plusieurs propriétaires, qui s'associeraient pour mettre leurs vins en commun et se partager le bénéfice des ventes, ne feraient pas une société de commerce (3).

---

(1) Arrêt de cassation du 21 mars 1808. D. *Contrainte par corps*, p, 756, et *Commerce* (*act. de*), p. 732, col. 2.

(2) M. Pardessus, t. 1, n°s 7, 12, 13. Cassat., 14 janvier 1820. D., t. 2, p. 727.

(3) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 8.

323. Ainsi, encore, le cheptel est une société civile; il est l'auxiliaire de l'agriculture; il n'est pas un négoce.

324. Ainsi, enfin, une association formée entre des cultivateurs ou des bergers, pour engraisser des bestiaux et les vendre, n'est pas une société de commerce. Une telle spéculation, dit la Cour de Bruxelles dans un arrêt du 23 février 1822, fait partie des travaux agrestes; elle ne constitue pas un acte de commerce du chef du cultivateur ou berger qui se livre à cette branche d'exploitation rurale (1).

325. Si le fermier qui vient prêter son industrie à l'agriculture est un spéculateur, il n'est pas un commerçant. On a vu des sociétés formées pour affermer une terre et exploiter un bail. Il y en a eu de tout temps des exemples dans la province de Normandie (2). Jamais ces associations n'ont été considérées comme commerciales.

326. La concession d'une mine crée, au profit du concessionnaire, une propriété nouvelle, entièrement distincte du sol; et l'exploitation de cette propriété est un acte civil, et non un acte de commerce, un acte, dis-je, que le législateur a assimilé aux opérations du propriétaire qui vend les produits de son immeuble, ou du cultivateur qui livre à la consommation les fruits du travail agricole. « L'exploitation des mines, dit la loi du » 21 avril 1810, art. 32, n'est pas considérée comme un » commerce. » En un mot, le concessionnaire d'une mine jouit de sa chose, comme le fait le maître d'un domaine rural. Il est propriétaire; il n'est pas commerçant.

Mais l'exploitation d'une mine exige presque toujours

(1) Dalloz, t. 12, p. 89, à la note.
(2) Basnage, sur l'art. 389 de la coutume, t. 2, p. 85, col. 2.

des avances plus considérables que celles de la culture; les travaux et les opérations qui lui donnent la vie demandent un art particulier, un personnel nombreux, un puissant concours de forces diverses. C'est là surtout que l'esprit d'association, prudemment employé, est fécond en grands résultats; c'est là que l'union des capitaux, combinés avec le génie industriel, déploie sa supériorité pour vaincre la nature et arracher aux entrailles du sol ses trésors les plus cachés. Aussi, le législateur a-t-il prévu que des associations se formeraient le plus souvent pour exploiter la richesse minérale. Il veut que des concessions puissent être faites à des sociétés (1).

Si l'on doit juger ces sociétés d'après leur but, elles n'ont rien de commercial. Comment seraient-elles autre chose que des sociétés civiles, puisque l'exploitation, qui est leur œuvre, n'est pas un commerce? Il a donc été jugé que le type commercial ne s'imprime pas de plein droit, soit sur les sociétés concessionnaires, soit sur les sociétés formées après coup avec le concessionnaire pour lui prêter leur concours (2).

327. On a cru cependant que la société prend le ca-

---

(1) Art. 31 et 8 loi du 21 avril 1810.

(2) Cassation, 7 février 1826. (D. 26, 1, 157. S. 27, 1, 137.— 24 juin 1829. (D. 29, 1, 280.)—15 avril 1834. (D. 34, 1, 195. S. 34, 1, 600.) 10 mars 1841, ch. civ. Cassat. (S. 45, 1, 358), et qui doit, ce semble, fixer la jurisprudence.

Rennes, 13 juin 1833. (S. 34, 2, 122.)

Décision du conseil d'État du 7 juin 1836, qui refuse de soumettre à la patente une société formée entre des concessionnaires de mines. D. 37, 3, 135.

Aix, 12 mars 1840. S. 41, 2, 483.

Arg. d'un arrêt de Liége du 25 déc. 1818. (D. *Société*, 141.) Il s'agissait d'une mine d'alun constituée en société anonyme par actions.

ractère commercial, lorsque sa constitution en société anonyme, ou en société par actions, la rapproche des formes affectées par les sociétés de commerce. M. Vincens a été l'un des premiers à prêter à cette opinion l'appui de son autorité (1). Il pense que si l'exploitation des mines n'est pas commerciale par elle-même, la société anonyme, créée à côté d'elle pour la faire marcher, est réellement commerciale; que les actions créées en vue de cette exploitation, ainsi que leur circulation, ont aussi le caractère commercial. Puis, d'autres écrivains, ayant trouvé ce système commode pour aggraver la position des actionnaires, ont cherché à le corroborer par la jurisprudence, et ils ont cité à l'appui : 1° un arrêt de la Cour royale de Bordeaux, qui, dans une espèce où une réunion d'actionnaires s'était formée sous la raison sociale *Brard et Ce*, pour exploiter les mines de houille de Lardin, a jugé que le fait de constituer une mise de fonds divisée en actions, *et d'ériger une véritable société de commerce par la nature des stipulations de l'acte social et des diverses opérations qui y sont comprises*, fait rentrer l'exploitation des mines parmi les actes de commerce (2); 2° un arrêt de la Cour de Bruxelles du 3 mars 1810 (3), rendu dans l'espèce d'une société anonyme constituée avant la loi sur les mines pour l'exploitation d'une houillère; 3° un arrêt de rejet de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 30 avril 1828 (4); 4° un arrêt de la Cour royale de Paris du 19 août 1840 (5).

Cette opinion légèrement émise, légèrement discutée,

(1) *Des sociétés par actions*, 1837. *Législation com.*, t. 1, p. 353.
(2) 22 juin 1833. (Sirey, 33, 2, 547.)
(3) S. 7, 2, 1206. Dalloz, *Société*, p. 140.
(4) S. 28, 1, 418.
(5) S. 41, 2, 483.

a cependant jeté beaucoup de trouble dans les esprits. On s'est demandé si c'est la forme d'une société qui doit déterminer son caractère civil ou commercial ; ou bien si ce n'est pas plutôt dans son objet et dans sa fonction qu'il faut aller chercher la raison de son classement ; on a opposé les arrêts aux arrêts, les autorités aux autorités, et l'une des questions les plus claires du droit est devenue l'une des plus controversées (1).

328. A mon avis, il n'y a pas à balancer.

En principe, rien de plus faux que de s'attacher à la forme, comme le fait M. Vincens (2). La société civile n'a pas été emprisonnée dans telle ou telle organisation sacramentelle. Des statuts particuliers peuvent former sa constitution de tous les pactes qui ne sont pas illicites, et rien n'empêche d'importer dans la société civile quelques-unes des formes ou des obligations qui distinguent plus particulièrement les sociétés commerciales ; de tels emprunts ne changent pas la nature des choses.

J'ai donné ci-dessus des exemples de sociétés par actions qu'il serait ridicule de considérer comme des sociétés de commerce (3). Les compagnies anonymes d'assurances mutuelles sont déclarées par la jurisprudence étrangères à tout acte de commerce, malgré leur organisation en tout conforme à la société anonyme, reconnue par le Code de commerce (4). Dans d'autres

---

(1) De bonnes idées ont été développées sur ce sujet par M. Cotelle (*Droit administratif appliqué aux travaux publics*, t. 2, p. 223), et par M. Duvergier, *Société*, n° 485; mais ces auteurs n'ont pas assez distingué les nuances des arrêts cités par eux et leurs adversaires.

(2) *Suprà*, n° 143.

(3) N° 143.

(4) Rouen, 9 octobre 1820. Douai, 4 décembre 1820. (Dalloz, v° *Commerce*, p. 739, 740.) Cassation, 15 juillet 1829. (D. 29, 1, 407. S. 29, 1, 316.)

matières, la Cour de cassation et les tribunaux ont refusé de voir des sociétés commerciales dans des sociétés anonymes formées entre non commerçans pour des entreprises non commerciales (1). Enfin, la loi des mines elle-même suppose que des sociétés par actions existent pour l'exploitation des mines (2); ce qui ne l'empêche pas de déclarer que l'exploitation des mines n'est pas un commerce(3), et par conséquent que les sociétés en question fonctionnent en dehors du mouvement commercial. Sans doute, l'émission d'actions est presque toujours une spéculation; mais quand cette spéculation s'adresse à un objet civil, ce serait tout confondre que d'en faire un acte de commerce.

Voilà quels sont les principes. M. Vincens les a perdus de vue.

329. Mais ma critique s'étend-elle également aux arrêts dont on a coutume de flanquer le système de cet auteur? C'est ici que des distinctions sont nécessaires pour se faire des idées justes sur l'état de la jurisprudence. On a trop souvent confondu des positions, que les arrêts ont eu le mérite de classer suivant leurs nuances diverses.

Et d'abord l'exploitation d'une mine est sans doute par elle-même un acte civil. Mais une société formée pour l'exploitation d'une mine peut grouper autour de cette entreprise des spéculations auxiliaires, fortement empreintes du caractère commercial. Pourquoi dès lors conservera-t-elle le privilége de rester société civile, lorsqu'une partie notable de ses opérations dégénère en actes de commerce? Faisons-y attention! Il ne s'agit

---

(1) Arrêt de cassation du 23 août 1820. (S. 21, 1, 273. D. t. 12, p. 88.) Paris, 11 décembre 1830. (D. 31, 2, 140.)
(2) Art. 8 et 13.
(3) Art. 32.

pas, comme dans l'hypothèse de M. Vincens, de décider que la société est commerciale par cela seul qu'elle est anonyme, ou que son capital est divisé par actions. Loin de là! on cesse de s'arrêter à une forme superficielle; on entre dans le fond des actes sociaux; on examine les fonctions de la société, et si son mouvement embrasse diverses opérations dont plusieurs appartiennent au commerce, on la déclare commerciale à cause de son objet et de son but. Or, c'est dans une espèce de ce genre qu'a été rendu l'arrêt de Bordeaux. Par la nature des stipulations de l'acte social, par les diverses opérations commerciales que la société comprenait (l'arrêt le dit en propres termes), le caractère civil de l'exploitation de la mine avait été dominé par le caractère commercial que la société s'était donné. Il n'y a rien à reprendre dans cette décision. Le tout est de la comprendre, et c'est ce qu'on n'a pas toujours fait.

Maintenant, nous laisserons à l'écart l'arrêt de Bruxelles rendu avant la promulgation de la loi sur les mines. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1828, il est à remarquer que la partie, qui voulait enlever à l'association son caractère commercial, avait acquiescé à des jugemens qui le lui imprimaient, et qu'ainsi une fin de non-recevoir s'élevait contre sa prétention. Au surplus, à travers une certaine obscurité dans l'enchaînement des faits, on aperçoit, par les motifs, qu'il ne s'agissait pas d'une exploitation qui dût avoir lieu sous la direction et pour le compte des concessionnaires, mais seulement d'une spéculation de commerce à l'effet de trouver des actionnaires. Enfin, la société dont il s'agit n'était pas anonyme; son capital n'était pas divisé par actions. On le voit : c'est là un arrêt d'espèce : il ne peut tirer à conséquence.

Reste l'arrêt de la Cour royale de Paris. Celui-là, il faut l'avouer, est motivé dans le sens de M. Vincens.

Les considérans donnent à la forme dela société une valeur qu'elle ne saurait avoir. Mais, en réalité, je suis enclin à penser que les motifs outrepassent la pensée du dispositif, et ne rendent pas avec assez de fidélité la raison fondamentale de la décision. De quoi s'agissait-il, en effet? D'une société formée pour l'exploitation des mines de houille d'Unieux et Fraisse, concédées à un sieur de Villeneuve. La société s'était constituée en commandite; elle avait pris une raison commerciale; les statuts portaient qu'il y avait dans l'entreprise *des parties commerciales* confiées à la direction du gérant (1); que les contestations entre le gérant et les associés seraient *jugées par deux arbitres* nommés par le président du tribunal *de commerce* de la Seine (2). Enfin, le rapport fait au conseil de surveillance par le conseil du contentieux se terminait ainsi (3) :

« *Une société commerciale* qui s'annonce avec tant de » loyauté obtiendra sans doute l'approbation qu'elle » sollicite. » — Or, c'est dans ces circonstances que le gérant venait prétendre qu'il n'était pas justiciable du tribunal de commerce!!! Sa prétention devait échouer, et elle échoua. Seulement l'arrêt n'est pas motivé avec exactitude. Mais il est évident qu'il se rapproche beaucoup de l'espèce jugée par le Cour royale de Bordeaux, et qu'il se défend par les mêmes raisons. Nous verrons même au numéro 331 qu'il y a un nouvel aperçu qui le rend tout-à-fait inattaquable.

---

(1) J'ai en main les statuts, qui portent, art. 15 : « Le gérant » règlera le régime intérieur et extérieur de la société, nommera » aux emplois d'ingénieurs et conducteurs de travaux des mines, » fixera les appointemens et salaires, *dirigera enfin toutes les parties* » *commerciales de l'entreprise.* »

(2) Art. 39.

(3) P. 7.

330. Mais après avoir fait ces concessions à l'empire des faits, nous maintenons qu'en principe une société pour l'exploitation d'une mine est civile, quelles que soient sa forme et sa constitution; que seulement elle peut cesser d'être telle, alors qu'elle sort de son objet et qu'elle se complique d'opérations commerciales qui absorbent le caractère primitif de la société.

331. Ceci nous conduit à une autre concession que voici : si les concessionnaires, en se réunissant en société, déclarent, par une manifestation expresse de volonté, que leur société est une société commerciale et non une société civile, cette volonté est légale; elle doit sortir à effet; on ne serait pas reçu à venir soutenir après coup que la société n'a pu être dépouillée de son caractère civil. Ici revient l'arrêt de la Cour royale de Paris du 19 août 1840 (1), que je citais tout à l'heure; je le corrobore d'un arrêt de la Cour de Dijon (2), beaucoup plus fortement rédigé et bien plus exact dans la combinaison du point de droit avec le point de fait. Je soutiens que les concessionnaires sont maîtres de renoncer au bénéfice de la loi du 21 avril 1810. Pour augmenter leurs moyens d'exploitation et leur crédit, ils ont pu se constituer commerçans et s'assujétir à toutes les obligations d'une profession ouverte à tout le monde. Avant la loi de 1810, l'exploitation des mines était considérée en général comme un commerce; on voyait en elle une industrie dont le but était de livrer à la consommation des produits marchands. Depuis, le législateur, voulant diriger vers cette industrie les capitaux civils et lui associer des personnes que leur position et leurs idées éloignent du commerce, on a fait une industrie purement civile;

---

(1) S. 41, 2, 484.
(2) 26 avril 1841. (S. 41, 2, 482.)

mais il ne résulte pas de cette innovation que les parties, mues par un plus grand intérêt, ne puissent se placer sur un terrain moins privilégié et assumer la grave responsabilité qui s'attache à la qualité de commerçans. *Convenances vainquent la loi*, comme dit Loysel. Un propriétaire, qui vend les produits de son cru, n'est pas commerçant, d'après l'art. 638 de Code de commerce, et la juridiction commerciale ne saurait l'atteindre de plein droit. Mais conclurez-vous de là qu'un propriétaire de vignes, qui récolte de grandes quantités de vins, ne pourra pas s'ériger en commerçant pour ouvrir à ses produits de plus vastes débouchés? Direz-vous qu'un grand propriétaire de bois ne pourra pas faire le commerce avoué et patenté des bois, avec les coupes de ses forêts? Non certainement; vous laisserez ce propriétaire de vignes ou de forêts abdiquer, dans son intérêt, le privilége que la loi n'avait créé que pour son intérêt. Or, la loi de 1810 a fait pour les mines ce que l'article 638 du Code de commerce a fait pour les propriétaires d'immeubles; donc il n'est pas plus interdit à ceux-là qu'à ceux-ci de recourir à la qualité de commerçans pour donner une base plus large à leur crédit et à leurs opérations. Le tout est de ne pas leur prêter légèrement une volonté qui ne se présume pas. Là-dessus, on consultera les circonstances. On n'admettra que des faits graves, précis, concordans. Les stipulations de l'acte de société, leur application à imposer aux associés certaines obligations particulières dans les associations commerciales, la publication et l'enregistrement dans les tribunaux de commerce, la soumission à l'arbitrage imposé par le Code de commerce, les opérations diverses qui se lient à l'exploitation et qui revêtent un caractère commercial, tout cela sera pris en considération et pourra conduire logiquement à faire admettre une renonciation au privilége de la loi de 1810.

332. J'ai traité des sociétés formées pour l'exploitation d'une mine concédée, et érigée par conséquent en propriété distincte de la superficie.

Mais souvent des sociétés s'organisent en vue d'une concession à obtenir, et l'on a prétendu que ces sociétés devaient être rangées dans le nombre des sociétés de commerce, parce que tant que la concession n'a pas eu lieu, elles agissent sur la propriété d'autrui et ne peuvent se comparer au propriétaire qui utilise son immeuble. La Cour royale de Nancy a proscrit ce système par arrêt du 28 novembre 1840 (1), et sa décision doit être approuvée. Les art. 8, 13 et 31 de la loi du 21 avril 1810 donnent aux individus réunis en société, aussi bien qu'à ceux qui agissent isolément, le droit de demander et la possibilité d'obtenir une concession de mine. Il faut donc que la réunion en société puisse précéder la demande et l'autorisation. Peu importe que des travaux et des fouilles aient été faits avant la concession sur un terrain dont la société n'était pas propriétaire. Ces travaux et ces fouilles sont un préliminaire presque toujours indispensable pour constater l'étendue et la richesse des gîtes minéraux; ils ont pour but d'appuyer la demande sur des bases que le gouvernement puisse approuver. Plus d'une demande en concession a été repoussée, parce que l'absence de travaux de recherches la privait de l'élément qui seul permet de savoir s'il existe vraiment une mine à concéder (2).

333. Mais suit-il de là qu'une société formée pour la recherche d'une mine est une société civile? Une distinction éclaircira cette question et permettra de la résoudre.

---

(1) D. 41, 2, 81—82.

(2) M. Cotelle, t. 2, p, 79. Annales des mines, 3e série, 1836, t. 10, p. 616.

Ou cette société se compose de plusieurs explorateurs, qui ont réuni leurs efforts pour découvrir un gîte minéral déterminé dont ils veulent obtenir la concession, et alors cette société est purement civile, quand même ses recherches et ses travaux auraient lieu sur le fonds d'autrui (1). Quel est, en effet, le but de cette société? Fonctionne-t-elle pour une opération de commerce? Nullement. Dans l'espérance d'une découverte heureuse, elle se prépare une concession qui est le but final de ses efforts, et cette concession créera à son profit une propriété dont l'exploitation est civile par sa nature : ses opérations préliminaires de sondage ne sont donc pas des actes de commerce; aucune pensée de négoce ne les dirige; la société n'est préoccupée que de la création d'une propriété civile qui sera sa récompense. Quand cette création aura eu lieu, ce sera à elle de voir comment il lui convient de se constituer pour l'exploitation; elle décidera si l'organisation commerciale, avec ses moyens de crédit, lui offre plus d'avantages, malgré ses chances, qu'une organisation civile. Mais avant la découverte de la mine il ne peut y avoir entre les explorateurs qu'une société civile, parce que le négoce n'est pas le mobile de cette association.

334. Ou bien la société se forme, non pas pour obtenir pour elle-même la concession de la mine qui sera découverte, mais pour mettre son industrie au service de personnes qui, avant de demander une concession, veulent faire faire par des hommes de l'art des travaux préparatoires dont elles-mêmes se considèrent comme incapables; et alors cette société sera une société de commerce, parce qu'elle se livrera à des actes qui rentrent dans les entreprises d'agence. Supposez

---

(1) Paris, 11 janvier 1841.
D., 41, 2, 114.

qu'il existe une entreprise de sondage et forage pour la recherche des mines, puits artésiens, etc., et que cette entreprise soit le fait d'une société qui loue son industrie aux amateurs de ces recherches, dont elle se fait l'agent. Il n'y a rien de forcé à la classer parmi les agences que le Code de commerce place au nombre des entreprises commerciales.

335. Mais revenons à l'exploitation même des mines, dont cette courte digression nous a éloignés.

Une mine concédée peut être louée (1). La société, formée pour exploiter le bail sera-t-elle une société civile ? On ne saurait le nier raisonnablement, à moins que l'on ne rencontrât quelques-unes des circonstances particulières dont je parlais plus haut. Puisque le fermier d'un bien rural n'est pas assimilé à un négociant, pourquoi fera-t-on un commerçant du fermier d'une mine ? il se livre à une exploitation qui n'est pas moins civile que l'exploitation d'une ferme (2), et la société qu'il contracte est caractérisée par son objet.

336. Il pourrait y avoir plus de difficulté si la mine n'était pas concédée, et si néanmoins le propriétaire en avait loué l'exploitation à une société. En théorie, cependant, je ne verrais pas nécessairement, dans ce cas, une situation commerciale nettement dessinée. Avant la concession, les produits de la mine appartiennent au propriétaire du sol par accession; la location, qui en est l'objet, peut bien être contraire aux règlemens d'administration publique, mais elle ne constitue pas de plein droit un acte de commerce.

Vainement on argumenterait d'un arrêt de la Cour

---

(1) Mon comm. *du louage*, t. 1, n° 93.
(2) Aix, 12 mars 1841.
S., 41, 2, 484.

de Montpellier du 28 août 1833 (1), qui a refusé d'appliquer l'art. 32 de la loi du 21 août 1810 à un individu qui faisait des extractions habituelles de houilles, sur une mine concédée dont il n'était pas propriétaire, et qui ensuite revendait les produits. En lisant l'arrêt de la chambre des requêtes du 15 décembre 1835 (2), qui rejette le pourvoi, il est facile de voir que la Cour de cassation n'a voulu engager aucun principe de droit. Un extracteur des produits d'une mine, qui, par une suite d'actes habituels, achète ces produits au propriétaire pour les revendre, peut tout aussi bien être un commerçant que le marchand de vins ou de bois qui achète au propriétaire le produit de ses vignes ou les coupes de ses forêts. C'est à ce point de vue que s'est placée la Cour suprême, et je crois que c'était aussi celui de la Cour royale de Montpellier.

337. L'exploitation des carrières ne jouit pas du même privilége que l'exploitation des mines, et il serait bien difficile de ne pas considérer comme société de commerce celle qui se formerait pour louer une carrière et en vendre les produits (3). Il a même été jugé que, lorsque le locataire de la carrière associe le propriétaire à son exploitation, ce dernier entre dans le commerce du premier (4). On doit, cependant, distinguer si le propriétaire est venu participer à une entreprise commerciale déjà formée, ou bien si c'est lui qui a groupé autour d'un

---

(1) Sirey, 34, 2, 557.
D., 34, 2, 56.

(2) S., 36, 1, 333.
D., 36, 1, 67.

(3) Caen, 26 janvier 1836.
D., 40, 2, 222.

(4) Bordeaux, 29 février 1822.
D., 32, 2, 95.

simple acte de propriété une association nécessaire pour le conduire à fin. Dans le premier cas, la société est commerciale; elle est civile dans le second.

Je suis propriétaire d'une carrière, je m'associe des ouvriers mineurs pour extraire la pierre, et un voiturier pour la conduire dans un dépôt situé au bourg voisin; que fais-je autre chose, sinon tirer parti de mon immeuble et en vendre les produits? Or, pourquoi l'association, qui me vient en aide, tranformerait-elle en acte de commerce, un fait qui serait acte de propriétaire, s'il était fait par moi seul?

338. Cette manière de voir donnera la clé de beaucoup de questions sur le caractère des sociétés. Toutes les fois qu'une propriété civile est exploitée par une société, comme le ferait le propriétaire livré à ses seules forces, la société est civile.

Ainsi, j'achète des immeubles; mais, pour les mettre en valeur, j'ai besoin de capitaux, et je m'associe des bailleurs de fonds; notre société bâtit des fermes, faits des défrichemens, opère des coupes de bois, construit des scieries, afferme des étangs, revend en détail des portions de nos domaines. Cette société, malgré l'étendue de ses opérations, est une société qui n'est pas commerciale.

Le comte de Montmarie avait acquis de la maison d'Orléans tous les droits et actions qu'elle pouvait posséder sur les domaines engagés du Cotentin. Montmarie forma avec plusieurs individus une société, qui prit le nom de *Compagnie des domaines engagés du Cotentin*, dans le but d'exploiter et de liquider les domaines et droits cédés par la maison d'Orléans. Un arrêt de la Cour de cassation, du 8 novembre 1836, considéra avec raison cette société comme civile (1).

(1) S., 36, 1, 811.

339. Et cela explique à merveille un arrêt de la Cour de cassation, du 13 août 1820 (1), qui a déclaré société civile une société par actions, connue sous le nom d'*entreprise du Pont-Neuf*, à Lyon, laquelle consistait dans la jouissance d'un droit de péage, concédé à une société préexistante qui avait fait la construction du pont. Cette société, une fois son œuvre accomplie, s'était fondue en une société nouvelle anonyme, dans laquelle le droit de péage avait été apporté; son unique but était d'en recueillir les produits et de les partager. C'était l'association appliquée à la propriété d'un droit incorporel.

340. Il suit de là que la propriété immobilière n'est pas la seule dont l'exploitation se traduise en actes civils; c'est pourquoi l'auteur d'un ouvrage d'art ou d'esprit qui s'associe avec un autre auteur pour conduire son œuvre à fin, sauf à partager les bénéfices de l'entreprise, ne fait pas une société de commerce.

La Cour royale de Paris a eu à juger l'espèce suivante: Declagny, voulant publier, par le moyen de la gravure, une collection de vases étrusques, s'associe un sieur de Maisonneuve, homme de lettres, qui, d'une part, coopère à la composition, et qui, de l'autre, fournit les fonds pour éditer. Le tribunal de commerce s'était demandé si Maisonneuve n'était pas plutôt un simple bailleur de fonds spéculant sur le talent d'autrui, et l'affirmative lui avait paru plus vraisemblable; ce n'était, du reste, qu'une appréciation des faits de la cause. Mais, sur l'appel, la Cour royale, par son arrêt du 16 décembre 1837, maintint à Maisonneuve le rôle qui découlait de sa qualité d'homme de lettres et de créateur d'un ou-

(1) Dalloz, t. 12, p. 88, note n° 3.
S. 21, 1, 273.

vrage d'art. Elle décida avec raison qu'une telle société n'avait rien de commercial (1).

341. On peut assimiler à la propriété littéraire les talens de l'esprit dont le professeur tire parti par l'enseignement rétribué. Le jurisconsulte Paul parle de deux grammairiens qui avaient contracté une société pour propager leur science et partager les produits de leurs leçons (2). A Rome, où l'on ne connaissait pas la distinction entre les sociétés de commerce et les sociétés civiles, on n'avait pas à agiter la question qui nous préoccupe ici. Chez nous, une telle société serait purement civile, comme toutes celles qui ont pour objet la direction de maisons d'éducation (3).

342. Si l'on voulait procéder par analogie, il faudrait décider que les comédiens, les chanteurs, les musiciens, qui forment une société pour donner des représentations théâtrales, ne font qu'une société civile; car eux aussi utilisent des talens, qui sont une propriété précieuse dans le domaine des arts. Néanmoins, il n'en est pas ainsi; toute entreprise de spectacles publics est une opération de commerce. (Article 632 Code de commerce.) La jurisprudence a même été beaucoup plus loin; car l'on juge maintenant, sans contradiction, que l'engagement contracté par un acteur avec un directeur de spectacle est un acte de commerce (4); mais réputer actes de commerce les roulades d'un chanteur et les pi-

---

(1) D. 38, 2, 33.
(2) L. 71, D. *Pro socio.*
(3) Paris, 19 mars 1814. D., t. 2, p. 694.
11 juillet 1829. D. 29, 2, 189.
Douai, 14 février 1827. D. 28, 2, 43.
(4) Paris, 11 juillet 1825. D. 25, 2, 218.
Contrà Pardessus, t. 1, n° 46.

rouettes d'une danseuse, n'est-ce pas pousser un peu loin l'usage des tropes judiciaires?

343. Mais revenons à la propriété. Après avoir parlé des associations dont l'objet principal et direct est de mettre en valeur une propriété civile, il faut dire un mot des sociétés qui se forment entre propriétaires pour la protéger contre les fléaux de la nature.

J'ai signalé ci-dessus le côté purement civil des associations d'assurance mutuelle contre l'incendie, la grêle, etc., etc. (1). Comment seraient-elles commerciales, puisqu'elles sont dépourvues des tendances qui servent de mobile au commerce?

344. D'autres associations existent sur un autre plan dans un but analogue; la Provence en offre de très-anciens exemples. On y connaît l'*œuvre* de la Durance, dont le but est de préserver le territoire des inondations de cette rivière.

De plus : le territoire d'Arles est défendu contre les marais et contre la mer, par vingt-sept associations territoriales. On cite celle des vidanges des eaux du Trebon, du plan du bourg et de la Costière de Rau. Elle fut constituée par acte du 2 mars 1543. Des possesseurs de domaines s'unirent en association pour arriver, par des travaux d'assainissement et de vidanges faits à frais communs, à se protéger contre la contagion du mauvais air et contre les inondations. Ces travaux, conçus sur une grande échelle, consistaient en creusement et curage de canaux, endiguemens, et autres nécessaires pour garantir les propriétés comprises dans la société. On sent qu'une association était le seul moyen de mettre de l'unité, de l'ordre, de la suite, dans cette lutte contre les

(1) Dalloz, t. 2, p. 739, 740.
Cassat., 15 juillet 1829. S. 29, 1, 316.
D. 29, 1, 407.

élémens : des lettres-patentes avaient autorisé cette association, et depuis sa fondation elle ne cessa de se livrer, avec des chances plus ou moins heureuses, à l'objet de son entreprise. C'est dans ce but que, le 15 juillet 1642, elle traita avec un habile ingénieur hollandais, nommé Van-Ens, qui se chargea de dessécher à ses dépens, risques et fortunes, tous les palus, marais et terres inondés, des quartiers compris dans le territoire de l'association. Celle-ci abandonnait au dessiccateur les deux tiers des terrains desséchés; le reste devait appartenir aux propriétaires. Des difficultés graves surgirent entre les propriétaires et Van-Ens; une transaction du 4 janvier 1678 les aplanit; mais à la fin du siècle dernier, l'œuvre de dessèchement éprouva des revers tels que l'association se trouva réduite à l'impuissance. Le 14 floréal an 11 parut la loi sur le curage des canaux, et deux ans après un décret du 4 prairial an 13 reconstitue une entreprise si importante pour la salubrité et la fertilité du pays. D'après son ancienne, comme d'après sa nouvelle constitution, l'association forme un corps moral (1); elle est représentée par trois syndics; les délibérations sont prises à la majorité des membres présens; le pourvoi contre ses décisions est porté au conseil de préfecture, sauf recours au gouvernement. (Art. 44 du décret du 4 prairial an 13.) Les associés qui croient que des travaux sont nécessaires adressent leur demande à l'association, qui statue suivant qu'il vient d'être dit. Ils ne sont pas admis à intenter des actions en justice contre les syndics pour les dommages qu'ils prétendraient occasionés à leurs propriétés comprises dans l'association par le mauvais état et le défaut d'entretien des canaux. L'art. 44 du décret attri-

(1) La transaction du 4 janvier 1678 lui donne ce titre : *le corps des vidanges*.

bue à l'autorité administrative la connaissance de toutes les contestations relatives à la confection des travaux. Sans quoi l'anarchie déchirerait l'association ; il pourrait y avoir autant de procès distincts que de membres dans ce corps, et ses ressources pour le dessèchement s'épuiseraient en frais de justice.

Les principes que nous avons exposés ci-dessus (1) montreront quand et dans quelles circonstances ces associations territoriales sont ou ne sont pas des sociétés proprement dites. Mais, dans tous le cas, elles sont purement civiles; elles ont toujours été envisagées sous ce point de vue.

Du reste, ce n'est pas seulement dans la Provence que l'esprit d'association a fait naître de telles compagnies. On en trouve dans le département de la Gironde, et leur existence remonte à plus de deux siècles. Je citerai la communauté des marais des Flamands, située sur le territoire de Blanquefort, près de Bordeaux. Ces communautés sont administrées par des commissions syndicales, qui défendent leurs intérêts et les représentent en justice, comme j'en ai vu un exemple dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 avril 1842 (2).

345. On aurait tort de mettre sur la même ligne que les associations formées entre propriétaires, celles qui sont constituées par des spéculateurs, sous le nom d'assurances *à prime* (3). Il n'y a pas de raison pour les faire d'un autre ordre que les compagnies d'assurances maritimes placées par l'art. 633 au nombre des opérations commerciales.

346. Et puisque j'ai parlé des assurances, je dirai qu'il

---

(1) *Suprà*, n° 15.
(2) Capelle, c^e de Tauzia.
(3) Paris, 23 juin 1825. (D. 25, 2. 216.)
Cassat., 8 avril 1828. (Arrêt de cassation.) D. 28, 1, 204.

faut aussi considérer comme commerciales les compagnies d'assurance contre les chances du recrutement militaire. Elles font une sorte de commission pour autrui et par intermédiaire; elles sont cumulativement entreprises d'agence, de bureau d'affaires et de courtage (1).

347. Les sociétés d'assurances sur la vie humaine sont aussi des sociétés de commerce, comme les compagnies d'assurances maritimes (2).

348. Passons à présent à un autre ordre de combinaisons industrielles.

Les entreprises de travaux recourent presque toujours à l'association pour se mouvoir sur une base solide; mais les sociétés pour constructions sont-elles commerciales ou civiles ? La jurisprudence varie sur ce point à l'infini.

349. En 1829, une société est formée pour la construction d'un marché : le contrat lui donne le nom de *société civile*. Il stipule que des terrains seront achetés, et qu'on revendra pour le compte de la compagnie ceux qui seront inutiles pour la construction du marché. Notez que des actions au porteur sont créées. La durée de la société est fixée à quatre-vingt-six ans.

Par arrêt du 11 décembre 1830, la Cour royale de Paris a décidé que cette société n'était pas commerciale. Les associés, dit l'arrêt, n'ont pas voulu contracter une société de commerce, et ils n'ont, en effet, contracté qu'une société civile, autorisée par les art. 1841 et 1842 du Code civil (3).

Cette décision est bonne. Des citoyens veulent contribuer à l'embellissement de leur ville; ils veulent fon-

---

(1) Grenoble, 19 juillet 1830. D. 31, 2, 191.
Trib. de comm. de Paris, 10 janvier 1834. D. 34, 3, 41.

(2) Malpeyre, n° 10.

(3) D. 31, 2, 140.

der un établissement qui tourne à l'utilité de la cité. Ce n'est pas un esprit de trafic qui les domine. Sans doute, ils entendent que leur spéculation ne leur sera pas préjudiciable; ils espèrent retirer un bénéfice de leurs avances. Mais qu'importe? ce n'est pas là ce qui caractérise la société de commerce; car toute société est formée dans la vue d'un bénéfice à partager (art. 1832). Ce qui est décisif, c'est qu'ils n'ont pas voulu se livrer à une opération de commerce.

Même décision dans un arrêt de la Cour royale de Paris, du 28 août 1841 (1). MM. de Doudeauville, de Valmy, de Pérignon, de Longuève, etc., etc., avaient formé une société pour ouvrir à Orléans une large et belle rue. Cette société devait acheter de vieilles maisons, les démolir, en vendre les matériaux, faire de nouvelles constructions, et les revendre ou les louer. La Cour royale fut frappée surtout du but de cette société, qui avait été procurer un embellissement à une ville riche et populeuse; société qui agissait de concert avec le conseil municipal pour faire prévaloir les plans les plus élégans, et qui avait si peu en vue de faire une opération commerciale, qu'elle comptait sur une indemnité à obtenir du gouvernement!!

Mais voici un arrêt rendu par la Cour royale de Paris dans une espèce bien moins favorable. C'était une société formée entre un tailleur de pierres et un charpentier pour la construction d'une église (2). Il est évident qu'ici aucune idée patriotique n'avait été le mobile des associés, lesquels n'avaient cherché que leur intérêt. Néanmoins, la Cour décida que cette société était civile. La qualité des associés fut d'abord examinée, et les juges

---

(1) *Gazette des tribunaux* du 16 septembre 1841.
(2) Arrêt du 31 janvier 1834.
D. 34, 2, 191.

pensèrent, avec raison, que de simples ouvriers ne sont ni commerçans, ni marchands (1). La Cour se demanda ensuite si l'achat et la revente des matériaux nécessaires à la bâtisse constituait un acte de commerce ; elle se prononça pour la négative, parce qu'en supposant que des matériaux pussent être rangés dans la classe des *denrées* et *marchandises* (art. 632 Code de commerce), l'achat pour revendre n'est acte de commercee qu'autant qu'il est l'acte principal, et non le moyen, l'accessoire (2). Était-ce une entreprise de fourniture? Non, dit encore la Cour; car l'entreprise n'avait pas pour objet la délivrance des fournitures, mais la construction d'un bâtiment. Enfin, le Code de commerce (art. 633) ne range les entreprises de constructions dans la classe des opérations de commerce, qu'autant qu'il s'agit de bâtimens destinés à la navigation intérieure ou extérieure, et la Cour applique la règle : *Qui dicit de uno, de altero negat* (3).

Du reste, cet arrêt n'est pas le premier qui ait tranché en ce sens la question entre spéculateurs de profession. Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 22 mai 1819, décide qu'une société faite par un entrepreneur de travaux avec un maçon, pour la construction des voûtes d'un canal, n'est pas une société de commerce; que de telles entreprises sont de simples louages d'ouvrages (4). Un autre arrêt de la même Cour, du 5 septembre 1818, refuse le caractère commercial à une société formée entre entrepreneurs pour la construction des fortifications de Charleroi (5).

(1) Dalloz, t. 2, p. 695, d'après MM. Pardessus, t. 1, n° 81, et Vincens, t. 1, p. 144.

(2) V. cependant Locré, t. 8, p. 274. Pardessus, t. 1, n° 9. Vincens, t. 1, p. 144. Dalloz, t. 2, p. 696.

(3) *Junge* Rouen, 14 mai 1825. (D. 26, 2, 17.)

(4) D., t. 2, p. 737.

(5) *Ibid.*

350. Mais, d'un autre côté, un arrêt de la Cour de Caen, du 27 mai 1818, a déclaré commerciale une société formée pour la réparation de chemins publics; par la raison que, pour confectionner ce travail, il fallait acheter des pierres, les fournir et les disposer convenablement (1).

On argumente aussi, en ce sens, d'un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 23 juillet 1819, qui a vu un acte de commerce dans le fait d'une société qui, pour conduire à fin des travaux de fortifications, avait acheté des matériaux destinés à être employés. Mais cet arrêt se concilie avec celui du 5 novembre 1818, en ce que ce n'est pas la société que l'arrêt du 23 juillet 1819 déclare commerciale ; c'est seulement un de ses actes particuliers, à savoir l'achat et emploi des matériaux, qu'elle qualifie acte de commerce justiciable de la juridiction consulaire.

Enfin, un arrêt de la Cour royale de Bastia, du 8 avril 1834 (2), décide qu'une société formée entre non commerçans pour la construction d'un pont sur une route départementale est une société commerciale.

Et MM. Malpeyre et Jourdain sont de cet avis en ce qui concerne les sociétés pour constructions de canal, chemin de fer, etc., etc.; d'abord, à cause de la forme de ces sociétés, qui est presque toujours commerciale; ensuite à cause du développement immense de capitaux qu'elles exigent, ce qui oblige fréquemment l'administration à prendre des obligations à terme envers les entrepreneurs (3). On peut consulter aussi M. Pardessus, qui est porté à voir un commerce dans les entreprises de travaux dont il s'agit (4).

---

(1) D., t. 2, p. 736.
(2) S. 34, 2, 584. D. 34, 2, 182.
(3) N° 11.
(4) T. 1, n° 35.

351. A mon avis, la solution de toutes ces questions dépend beaucoup des circonstances ; l'art. 632 du Code de commerce est rédigé dans des termes tellement élastiques, qu'on peut les étendre ou les restreindre suivant l'exigence des cas, et passer tour à tour de la loi civile à la loi commerciale, sans compromettre les principes. Cependant une considération domine toute cette matière. S'agit-il d'entrepreneurs de profession? on doit déclarer que leur entreprise est commerciale, et la Cour royale de Paris n'y manque pas (1). Leur but est d'acheter des matériaux pour les revendre après emploi ; dans la pensée qui les dirige, pensée toute de trafic, leur œuvre se traduit exclusivement en une suite d'actes que l'art. 632 qualifie actes de commerce. La société, formée par ces entrepreneurs pour seconder leur œuvre et en partager les bénéfices, ne peut donc être qu'une société commerciale.

S'agit-il, au contraire, de citoyens qui veulent concourir par leurs efforts à un objet d'art et d'embellissement ? Ici, le mobile est tout autre ; il est exempt d'esprit mercantile, et l'on ne saurait dire que l'entreprise a directement et précisément pour objet des achats et reventes. Les achats et reventes, auxquels elle se livre, ainsi que la mise en œuvre des matériaux, ne sont pour elle qu'un moyen, un accessoire ; mais son but véritable est ailleurs ; elle obéit à un sentiment plus relevé que l'amour du lucre ; elle veut attacher son nom à des améliorations patriotiques, orner la cité, ou la doter d'établissemens utiles.

Et quant aux compagnies anonymes, leur intention se jugera par leurs habitudes et par les circonstances au milieu desquelles elles se sont formées. Un bras de rivière sépare une ville d'un centre d'affaires impor-

(1) Arrêt du 11 février 1837, affaire Dène.

tant, et rend les communications difficiles et périlleuses ; des citoyens conçoivent le projet d'un pont qui lèvera les obstacles, fera disparaître les dangers et donnera à toutes les classes d'habitans des moyens commodes de multiplier leurs voyages et leurs relations. Pour doter leur cité d'un aussi grand avantage, ils se forment en société anonyme. Je ne dirai pas que cette société est commerciale : le dévouement à l'intérêt public n'est-il pas plus marqué ici que l'intérêt privé?

352. Lorsque des entreprises de transport se lient à des entreprises de constructions, la société qui s'y livre est une société commerciale. L'article 632 du Code de commerce range, en effet, les entreprises de transport parmi les actes de commerce ; ainsi, une société qui a construit un chemin de fer, et qui ensuite exploite le transport des voyageurs et marchandises par ses wagons, est une société de commerce (1).

353. On doit ranger dans la même classe les sociétés pour les transports militaires (2).

354. Mais l'on se tromperait si l'on voulait imprimer le caractère commercial à une société formée avec un maître de poste pour l'exploitation de son brevet. Le maître de poste n'est pas commerçant ; il n'est pas soumis à la patente ; c'est un agent du gouvernement : chargé d'un service public, il faut qu'il en assure la marche à des conditions déterminées par les règlemens d'administration publique (3). C'est vainement qu'on veut en faire un vrai industriel, dont la condition ne diffère du commerçant ordinaire que par le privilége

(1) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 11.

(2) Cassation, 6 septembre 1808. D., t. 2, p. 735.
Lyon, 30 juin 1827. D. 28, 2. 73.

(3) Limoges, 1er juin 1821. Bruxelles, 11 janvier 1808. Dalloz, t. 2, p. 705, et t. 6, p. 617. M. Malpeyre, n° 10.

exclusif qu'il tient de l'État (1). Un industriel est maître de vendre ou de ne pas vendre, de varier ses prix, de fermer son magasin : rien de tout cela n'est permis au maître de poste.

355. Une société pour l'exploitation de la ferme d'un bac ne pourrait pas non plus être qualifiée société de commerce, sous prétexte qu'elle est une entreprise de transports. Les fermiers des bacs ne sont que des préposés ou commis du gouvernement pour la perception d'un droit fixe et tarifé qui leur est adjugé : en quoi ils sont bien différens des entrepreneurs de transports qui spéculent sur le prix dont il leur plaît de frapper la marchandise transportée (2).

356. Par les aperçus que nous venons de donner, on s'apercevra que les sociétés civiles sont beaucoup plus nombreuses qu'on ne l'imagine ordinairement. Mais les sociétés de commerce embrassent un horizon bien plus étendu. Toutes les opérations du commerce de terre et de mer tombent dans leur domaine, et peuvent recevoir d'elles le mouvement et la vie. Depuis les compagnies des Indes et la banque de France jusqu'aux petites sociétés nautiques que forment les gens de mer (3), il n'y a pas d'opérations si vastes ou si minimes qu'elles ne puissent embrasser.

357. La matière des sociétés commerciales est aujourd'hui fort compliquée ; elle l'était beaucoup moins avant que l'écriture et l'enregistrement n'eussent été introduits par de sages précautions. Ainsi, par exemple, en Italie, cette terre classique du commerce, on ne con-

(1) M. Pardessus, t. 1, n° 16. Locré, t. 8, p. 274. Paris, 6 octobre 1815. (Dalloz, t. 2, p. 731.)

(2) Nîmes, 13 avril 1812. D., t. 2, p. 734.

(3) Emerigon en parle dans son *Traité des assurances*, t. 2, p. 399.

naissait que deux sociétés de commerce, la société collective et la société en participation, dont la commandite était une branche. On avait éprouvé d'assez grandes difficultés tout d'abord pour déterminer les obligations des associés à l'égard des tiers : c'est sur ce point que s'était porté tout l'effort de la controverse (1). Mais, à part cela, la matière des sociétés se présentait avec une simplicité telle, que Straccha la réduisait à la responsabilité des associés envers les tiers (2). Au delà, tout dégénérait en questions de fait, dont la principale était celle-ci : Résulte-t-il des circonstances que la société est collective ou en participation ?

Depuis ce temps, le commerce a multiplié ses opérations; les affaires sont devenues plus variées, et les sociétés commerciales, dépouillées de leur antique simplicité, ont été assujéties à des formalités protectrices de la confiance et du crédit. Alors sont arrivées des distinctions plus nombreuses; le cercle des sociétés s'est élargi avec le cercle des combinaisons commerciales, et le Code de commerce a dû ajouter à la célèbre et sage ordonnance de 1673 d'autres catégories et d'autres combinaisons. Nous tâcherons de faire ressortir la marche de ces progrès.

358. Avant tout, voyons en combien d'espèces se subdivise la société de commerce.

Le Code de commerce sera notre guide.

L'article 19 en reconnaît trois :

La société en nom collectif,

La société en commandite,

La société anonyme.

A cette nomenclature, ajoutons tout de suite l'arti-

---

(1) Deluca dit que ces questions lui étaient venues plus de cent fois. (De credito, disc. 87, n° 2.)

(2) De *Contract. mercator.*, n° 13.

cle 47 qui déclare reconnaître des *associations commerciales en participation.*

§ I[er]. *De la société en nom collectif.*

359. La société en nom collectif est la première dont s'occupe le Code de commerce : autrefois on l'appelait aussi société *générale* (1) ou *libre* (2) : c'est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale (3). Dans cette espèce de société, tous les associés sont obligés solidairement envers les tiers ; ils forment un corps dont chaque membre est tenu pour le total des obligations sociales ; tous sont présumés faire le commerce par leur ministère réciproque (4) ; tous se sont donné réciproquement pouvoir de s'obliger. Ils sont procureurs les uns des autres, comme le dit M. Merlin (5), et comme Deluca l'avait dit avant lui (6) ; et ils ont annoncé au public que tout ce qui serait fait avec l'un d'eux serait censé l'être avec tous ; peu importe que l'argent emprunté par *Pierre et compagnie* ne soit pas versé à la caisse sociale et qu'il soit employé aux affaires particulières de l'associé qui a fait l'emprunt : par l'effet du mandat tacite qui est ici présumé, tous les associés en nom collectif sont censés avoir contracté avec lui : l'obli-

---

(1) Pothier, n° 82, ord. de 1673, t. 4, art. 1. Toubeau, liv. 2, t. 3, ch. 2, p. 91.

(2) Leprêtre, 2 cent., ch. 79, et Toubeau, *loc. cit.*

(3) Art. 20 C. de com. Pothier, *Société*, n° 57. Pardessus, t. 4, n° 1004 et suiv.

(4) De là une cause frappante de solidarité. « Quando plures » exercent mercaturam ministerio unius, omnes in solidum obli- » gantur. » (Straccha, Decis. rot. gen. 14, n° 20.)

(5) M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2, p. 553, col. 2.

(6) De credito, disc. 87, n° 10.

gation pèse solidairement sur tous. La preuve du *de in rem verso* n'est nécessaire qu'autant qu'il n'y a pas de mandat exprès ou tacite ; car alors le versement est un indice, un argument pour décider que la dette était sociale. Mais quand il y a mandat exprès ou tacite, la dette est sociale de plein droit, et l'action des créanciers n'a besoin que de ce mandat pour se soutenir. C'est ce qu'explique très-bien Deluca.

On voit, du reste, que, de toutes les sociétés commerciales et autres, la société en nom collectif est celle qui impose les obligations les plus étroites et les plus graves.

360. Cette société s'annonce au public par une raison sociale (1). La raison sociale est le symbole de la société ; c'est le nom de ce corps moral que l'on distingue des associés pris isolément (2). Casaregis l'appelle très-bien *nomen sociale* (3). Quand la société doit prendre un engagement, c'est de ce nom qu'elle le signe ; quand elle doit paraître en justice, c'est sous ce nom qu'elle y figure.

Comme les opérations d'une société commerciale en nom collectif peuvent être fort diverses, et que les associés ne sont pas toujours présens ; comme il arrive même très-fréquemment qu'ils agissent les uns pour les autres dans des lieux éloignés du siége de l'établissement principal, il eût été gênant, et quelquefois même impossible, de faire signer les actes sociaux par tous les associés sur lesquels ils doivent réfléchir ; l'usage a donc imaginé une signature sociale qui, sous un nom

---

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 977.

(2) V. là-dessus l'intéressante dissert. de M. Frémery, *Étud. de droit com.*, p. 39. MM. Malpeyre et Jourdain, n° 33 et suiv. *Infrà*, n° 693.

(3) Disc. 39, n° 13.

collectif, embrasse tous les associés, et qui, donnée par un seul d'entre eux, a la même valeur que si tous avaient signé spécifiquement.

Quelquefois, lorsque les associés sont peu nombreux, la raison sociale les signale tous au public. Par exemple : Dupuis frères, — ou bien Martin et Paradol. — Mais lorsque la société comprend un plus grand nombre de membres, on se sert d'une formule abrégée qui résume en elle les individualités qu'il serait trop long d'énumérer. Par exemple, *Lefebvre et compagnie.* Cette formule est fort ancienne dans le commerce : elle était déjà vulgairement employée au treizième siècle (1).

361. Mais à cette époque, suivant M. Frémery, la formule *N. et compagnie* ne signifiait pas que tous les individus faisant partie de la société, mais non nommés expressément, fussent responsables et solidaires. Les associés cachés derrière ces mots n'étaient nullement tenus par un lien de responsabilité et de solidarité égal à celui qui enchaînait les associés dénommés expressément.

M. Frémery est entré sur ce point dans des détails qui

---

(1) Muratori, *Antiq. mœd. ævi,* dissert. 16, donne un titre de 1233, dans lequel le pape Grégoire IX règle les comptes de son fisc avec Angelerio Solaficu et compagnie, *Angelerium Solaficu et ejus socios.* Cette société avait traité avec le pape pour le recouvrement des tributs dus à l'Église par la France, l'Angleterre et autres puissances. Voyez notre préface.

Le même Muratori (t. 2, p. 922) rapporte d'autres titres où l'on voit que cette formule *N. et socii* était employée non-seulement dans le commerce, mais encore dans les titres civils et publics pour désigner en abrégé tous syndics, consuls, etc., etc., d'une corporation. « Consules Lanfrancus Piper et Ansaldus Malonus et » *socii eorum.* » Titres de 1190 et 1180.

On a vu, enfin, ci-dessus dans notre préface une formule de contrat du 13e siècle, où la raison sociale est couramment employée par les Lombards.

prouvent son érudition (1). Il cherche à établir, par le statut de Gênes (2), par l'autorité de Straccha et par la jurisprudence italienne, que la raison sociale *N. et compagnie* n'annonçait originairement qu'une société en commandite; que tout ce qu'elle avait pour but de faire savoir au public, c'est que *N.* avait un ou plusieurs associés, et que ceux-ci, voulant rester inconnus pour n'être pas personnellement obligés, n'étaient tenus que d'abandonner leur mise (3).

Suivant M. Frémery, cet usage était conforme à la raison. A cette époque reculée, les sociétés se faisaient généralement sans écrit, et les conventions verbales étaient bien plus fréquentes que les accords retenus dans des actes. C'est par les présomptions, les preuves orales, les livres des marchands, que les tiers parvenaient à établir les preuves des sociétés (4). Dans cet état, comment les créanciers auraient-ils pu prétendre

---

(1) *Études de droit commercial*, p. 41.

(2) Socii, sive participes societatis sive rationis, QUORUM NOMEN IN EA EXPENDITUR, teneantur in solidum pro omnibus gestis, et erga omnes, et singulos creditores rationis sive societatis; socii verò, seu participes, QUORUM NOMEN NON EXPENDITUR, non intelligantur nec sint in aliquo obligati ultrà participationem, seu quantitatem pro quâ participant. Liv. 4, ch. 12.

(3) On peut argumenter des passages cités dans les décisions suivantes de la rote de Gênes, rapportées par Straccha :

Décision 39, n°s 9, 10.

Décision 46, n°s 4 et 5.

Décision 71, n°s 1, 4.

Dans la décision 14, n° 131, on lit ce qui suit : « Regulariter » socii, nisi nomen eorum expendatur, non possunt obligari in » solidum, sed solum pro ratâ. » Alex., cons. 147, vol. 2. « Et imò » non tenentur ad plus quam exposuerunt in societate. » Mais nous examinerons tout à l'heure la valeur de ces citations.

(4) Straccha, *De mercaturâ*, part. 2, n°s 53 et suiv., où il cite Bartole, Balde, Decius, Socin, etc.

qu'ils avaient suivi la foi d'individus dont ils n'avaient pas connu la personne, et dont les pactes étaient restés secrets? comment admettre qu'ils avaient compté sur le crédit personnel et la solvabilité solidaire de bailleurs de fonds, qui avaient voulu se tenir à l'écart et dissimuler leurs noms, de commanditaires dont les conventions, demeurées secrètes, n'avaient pu annoncer aucune pensée de solidarité? Évidemment, la logique voulait que ces mots, *et compagnie*, ne désignassent que des associés responsables seulement jusqu'à concurrence de leur mise. C'était bien assez que l'usage, plutôt que la loi, eût englobé dans une solidarité commune tous les noms inclus dans la raison sociale (1); c'était bien assez que les gérans, nommément désignés à la confiance publique comme les seuls instituteurs de la société (2), répondissent solidairement pour elle (3). Là devait s'arrêter la solidarité : on ne pensait pas que les principes du droit civil permissent de l'étendre à celui avec qui on n'avait pas traité, et qui n'avait pas été nommé.

Mais au seizième siècle, poursuit M. Frémery, l'écriture devint plus usuelle dans les conventions; les sociétés s'annoncèrent par des circulaires; les actes qui les constituaient furent enregistrés dans des dépôts publics (4). On put connaître dès lors ceux dont les noms étaient voilés dans la raison sociale; on fut autorisé à prendre leurs personnes et leur solvabilité en considération; et lorsque le contrat ne les renfermait pas positivement dans le rôle de commanditaires, on les traitait comme associés solidaires, leur rendant communes toutes

(1) Straccha, décis. 46, nos 4 et 5.
(2) *Id.*, décis. 71, no 4.
(3) *Id.*, décis. 140, no 3.
(4) Ord. de 1579, art. 357. (Ord. de Blois, Henri III.) Ord. de 1629, art. 414.

les obligations contractées par ceux dont ils avaient accepté la *compagnie*. Cet usage était aussi logique que le précédent; et d'ailleurs il tournait au profit du crédit commercial, et rendait les sociétés plus solides et plus homogènes. Il devint si général, que quelques jurisconsultes ont pensé, à tort, que la formule collective *N. et compagnie* était propre à cette espèce de société, qu'ils ont appelée, à cause de cela, société *en nom collectif* ou société *collective* (1). Mais ils se sont trompés; et la formule *N. et compagnie* n'a primitivement désigné (j'expose toujours le système de M. Frémery) qu'une société en commandite. Il a fallu de grands changemens dans les idées et dans les habitudes pour faire de cette formule une source de solidarité.

Telle est l'opinion de cet auteur. Je ne crois pas l'avoir affaiblie en la reproduisant; mais, à mon sens, elle ne doit nullement prévaloir.

362. Après que la formule *N. et compagnie* se fut introduite dans les usages du commerce, elle excita l'attention des plus anciens interprètes. Quel en était le sens? quelle portée devait-elle avoir? soumettait-elle tous les associés au lien d'une égale solidarité? Les jurisconsultes hésitaient : ils allaient chercher des analogies dans des paroles de l'Évangile (2), ou dans les formules des stipulations des esclaves, conservées dans le Digeste (3); mais la parité manquait. La formule *N. et compagnie* n'avait pas de précédens connus dans le

---

(1) Savary, *parère* 23. Pothier, n° 57. M. Merlin, Répert., v° *Société*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 674.

(2) Balde, conseil 190, vol 2 : « Sicut scribitur, dit-il : *Dicite » discipulis ejus et Petro*, nam licèt omnes essent discipuli, tamen » Petrus est per se principaliter nominatus, etc., etc. »

(3) L. 4 et 37 D., *De stipulat serv.*, Bartole.

droit romain, et cependant il fallait en déterminer la valeur; il est vrai que les usages, en donnant naissance à cette synhèse commode et rapide, inclinaient à attacher la solidarité à ses effets obligatoires. Mais ils n'étaient pas suffisans pour entraîner quelques esprits, plus spécialement préoccupés des traditions du droit romain et des fragmens du Digeste. L'œuvre des vrais jurisconsultes était donc de réconcilier les usages avec l'autorité de la raison.

Bartole, qui écrivit au 14e siècle, est, à ma connaissance, un des premiers auteurs qui se soient occupés de cette question. La formule *N. et compagnie* était déjà ancienne et fort usuelle; elle ne pouvait échapper à son attention, à son admirable sagacité. Voici donc comment il l'explique, et l'on va voir que son interprétation renverse toutes les hypothèses de M. Frémery; car Bartole veut qu'elle entraîne la solidarité passive pour tous les associés. Écoutons-le parler (1) :

« Secundùm consuetudinem et ferè totius Italiæ, in » libris cùm litteris mercatorum, unus nominatur no» mine proprio, omnes alii nomine appellativo, hoc » modo: *Titius et socii talis societatis.* »

Je traduis :

Suivant l'usage de presque toute l'Italie, dans les livres et billets des marchands, l'un d'entre eux est nommé par son nom propre, tous les autres par un nom appellatif, en cette manière: *Titius et compagnie.*

« Videtur quod ex virtute talium verborum, ille » nominatus teneatur et acquiratur sibi pro dimidiâ, » aliis omnibus, proportionibus societatis. » — Il semble, au premier coup d'œil, que, par l'énergie de ces

---

(1) Sur la loi 37 D., *De stipul. servor.*

paroles, Titius s'oblige et acquière pour moitié, les autres pour leur part dans la société (1).

« Tamen puto sic dicendum, quod ex virtute dictorum verborum, quatenùs continent contractum ex quo dicti mercatores debeant obligari, si quidem agetur institoriâ, quilibet tenetur in solidum, quasi per illum omnes negotiationes exerceant. — Si verò in dictâ scripturâ continetur totum, ex quo eis mercatoribus debet obligatio quæri, tunc rigor verborum importat illud quod suprà dixi in servis stipulatoribus; *æquitas tamen et usus communis* suggerit contrarium. Nam ille unus qui nominatur, non ad hoc nominatur, ut sibi magis quæratur, *sed ut ostendatur quod ille societatis caput obtinet*, et ideo forsan dicendum est quod omnibus quæratur pro portionibus societatis. » — Toutefois, je pense qu'il faut répondre que, par la force de ces paroles, en tant qu'elles contiennent le contrat en vertu duquel les marchands sont obligés, si l'on agit par l'action institoire, tous sont tenus solidairement; car tous sont censés faire le négoce par Titius (2). Que si l'écrit contient le total de ce qui est dû à la société, alors la rigueur des paroles devrait peut-être faire décider conformément à ce que j'ai dit pour les esclaves stipulateurs (3); néanmoins, *l'équité et l'usage commun* suggèrent le contraire. Titius n'est pas nommé pour acquérir plus que les autres, mais seulement pour montrer qu'il est le chef de la société. C'est pourquoi il vaut mieux décider peut-être, que chaque associé acquiert pour sa part dans la société.

(1) On voit, en effet, cette prétention élevée dans une espèce dont Balde rend compte : *conseil* 190, vol. 2. Ce jurisconsulte la réfute.

(2) Arg. de la loi 4, § 1, D., *De exercit. act.* (Ulpien.)

(3) Arg. de la loi 4 D., *De stipulat. servor.* (Ulpien), où le maître nommé acquiert plus que celui qui ne l'est pas.

Ainsi voilà la solidarité passive de tous les associés bien hautement professée; la voilà appuyée sur cette raison, que tous les associés ont Titius pour instituteur, et qu'ils font tous le commerce sous la raison sociale.

363. Mais voyons un autre docteur, postérieur à Bartole, mais non inférieur à lui par la science et l'autorité; c'est Paul de Castro que je cite (1). Il va justifier Bartole des critiques dont sa doctrine avait été l'objet; il va la fortifier par de nouveaux argumens et par d'autres textes.

« Frequenter contingit quod plures sunt socii, et » tamen solus unus nominatur, et alii sub nomine gene» rali, puta, *talis te socii*. Tunc enim ne contrahentes de» cipiantur, qui ignorant qui sint, et quot sint, statuitur » illud, *ne in plures distinguatur qui cum uno contraxit* (2); » facit L. *Justissimè, de ædil. edict.*, et pro opinione Bartoli » est textus, quem fortè Angelus non vidit, cùm reprehen» dit Bartolum, quod idem statuitur in institore quàm in » exercitore, *quoniam quilibet duorum teneatur in solidum.* » Ut L. *Habebat*, § *Sic*, in fin., et § 2 D., de *inst. act.*, quæ » omninò vide ad corroborationem Bartoli (3). Non sic in » procuratore, qui nominat, pro quibus contrahit pro-

(1) Sur la loi 11 D., *De duobus reis*, n° 5.

(2) V. *infrà*, n° 823, le texte où Paul de Castro a pris ces expressions, et 825.

(3) Ulpien. Ce texte est en effet fort remarquable : « Si duo » pluresve tabernam exerceant, et servum, quem ex disparibus » partibus habebant, institorem proposuerint, utrùm pro dominicis partibus teneantur, an pro æqualibus, an pro portione mercis, » an verò in solidùm, Julianus quærit? et verius esse ait, exemplo » exercitorum et de peculio actionis, *in solidùm unumquemque* » *conveniri* posse et quidquid ei præstiterit, qui conventus est, » *societatis* judicio, vel communi dividendo consequetur : quam » sententiam et suprà probavimus. »

» curatorio nomine, nominando eos quorum est procu-
» rator. Nam tunc procedit dictum Angeli, quia cessat
» ratio de quâ suprâ, cum contrahentes sciant cum qui-
» bus contrahere videntur, et ista est veritas, *et tene*
» *menti.* »

Assurément, il est impossible de rien voir de plus formel, et j'oserai dire de plus concluant : Paul de Castro ne met-il pas le doigt sur une raison capitale du crédit commercial, quand il enseigne que c'est précisément parce que la formule laisse ignorer quels sont les associés et combien ils sont, qu'il est nécessaire, pour que le public ne soit pas trompé, que l'associé atteint et découvert réponde pour tous et ne demande pas de division ?

364. Au reste, Straccha lui-même, Straccha l'un des principaux oracles du droit commercial italien, est aussi de ce sentiment. Il l'enseigne d'une manière expresse dans son traité *De mercatura* (1), où il a copié Bartole mot à mot, en l'approuvant.

Ce n'est pas tout :

Dans la décision 14 de la rote de Gênes, Straccha examine le cas d'un instituteur qui avait traité avec des tiers, en son nom, sans se servir de la raison sociale ; on prétendait néanmoins que, par cela seul qu'il y avait une société existante derrière lui, son obligation devait réfléchir sur la société. Straccha expose les raisons qui firent repousser cette prétention; et cela lui donne l'occasion d'examiner l'opinion de Paul de Castro, dont on argumentait contre les associés participans ; il montre qu'elle ne saurait militer contre des commettans qui ont voulu rester inconnus, et qu'elle n'est admissible que lorsqu'il y a emploi de la formule *N. et compagnie* : cas bien différent de celui où un nom social n'a pas été

(1) Au titre *De contract. mercator.*, n° 17.

employé. Voici le langage qu'il tient : il est très-remarquable.

« Nec prædictis obstat quod dicit Castrensis in leg.
» *Reos*, n° 5 D., *de duobus* reis, ubi inquit obligari creditoribus præponentes, etiamsi ignoretur qui sint et quot sint ; quia potest dici per supradicta hanc doctrinam non procedere, quam non videmus fulcitam aliquâ lege. Secundò, respondetur Castrensem supponere *creditores scire adesse socios*, *quia ille institor scribebat : Petrus et socii*. Et sic certum erat aliquos esse socios, licèt ignoraretur numerus et nomina, sed bene sciebatur adesse ; et sic tria considerantur, an sint, qui sint, et quot sint ; *et scire primum sufficit ad hoc ut obligentur ; quia sub illo nomine Petrus et socii*, VIRTUALITER ALII CONTINENTUR. »

Ces paroles ont une signification évidemment éversive du système de M. Frémery. Trois choses sont à considérer, dit Straccha. Y a-t-il des associés ? Qui sont-ils ? Combien sont-ils ? Or, connaître le premier point suffit pour faire décider que tous sont obligés. Car tous sont virtuellement contenus sous ce nom collectif : *Pierre et compagnie*.

365. Mais examinons de plus près les autres décisions de la rote de Gênes, qui ont paru décisives à M. Frémery. Je les ai lues et relues ; car l'intelligence n'en est pas toujours facile ; il faut surtout se garder de les étudier par fragmens, et l'on ne peut en bien tenir le fil qu'en les prenant dans leur ensemble, et en rapportant au point de fait les théories et les maximes de l'arrêtiste. Or, à ce point de vue, je doute qu'elles soient de nature à ébranler en quoi que ce soit les graves autorités que je viens d'accumuler. Voyons d'ailleurs et jugeons.

Dans la décision 39, il ne s'agissait nullement d'apprécier la portée d'une raison sociale, par rapport à des associés dont le nom ne figurait pas en elle. C'était le

procès d'un participant, ou, si l'on veut, d'un commanditaire contre un associé qui n'avait pas administré. Un certain Dominique Spinola avait confié des fonds, à profit et perte, à une société ayant pour raison sociale *Nicolas, Jean-Jacques et Paul de Auria* (1). Il prétendait que Nicolas, qui n'avait pas administré, devait lui rendre compte; c'était là toute la cause. Straccha s'applique d'abord à déterminer le vrai caractère de Dominique Spinola. Est-il associé? Ce point avait de l'importance. Associé ordinaire, Spinola ne pouvait aller contre la loi qu'il s'était faite. Il ne pouvait demander un compte de gestion à un associé resté en dehors de l'administration, d'après son propre consentement et en vertu de l'organisation qu'il avait contribué à donner à la société (2).

D'après le récit de Straccha, les opinions de la rote furent divisées sur cette première question. Les uns disaient que Spinola était associé; ils se fondaient sur les écritures de la maison de commerce. Mais, suivant eux, ce point était indifférent, parce que, si Nicolas n'avait pas administré par lui-même, il avait du moins, pendant son absence, laissé des pouvoirs à un procureur pour agir en son nom.

Les autres auditeurs, marchant au même but par une autre voie (3), soutenaient que Spinola n'était pas un associé ordinaire; qu'il n'avait fait que confier des fonds à une société déjà formée sur des bases qu'il n'avait pu régler; qu'il n'était dès lors que participant, ou bien *committens pecuniam ad honestum lucrum*, ou bien déposant, ou prêteur; que la participation, introduite par la seule pratique, ne devait pas être jugée du même point de vue que la société, etc., etc.; que le participant, ou

(1) Combinez le n° 1 avec le n° 4.
(2) Argument de la loi, 65, § 14, D. *Pro socio*.
(3) N° 5, *in fine*.

le commanditaire, qui vient confier ses fonds à une société déjà formée, n'est pas dans les mêmes conditions qu'un associé ordinaire ; qu'il n'a pu influer sur le mode d'administration ; qu'il a trouvé les fonctions de chaque associé distribuées et fixées ; que la raison sociale ayant indiqué à Spinola les sieurs Nicolas, Jean-Jacques et Paul de Auria, comme associés en nom collectif, il a dû les prendre pour tels ; il a suivi leur foi, et il lui importe peu, par conséquent, que l'un d'eux se soit abstenu de l'administration. C'est là un fait dont il ne doit pas souffrir, lui qui n'a pas dû s'immiscer dans l'administration, ou la surveiller et en régler les formes.

Et comment pourrait-on placer Spinola dans la classe des associés ordinaires ? Comment pourrait-on en faire un associé égal en droits à Nicolas, Jean-Jacques et Paul de Auria ? Il est vrai qu'il participe au gain et à la perte ; mais cela ne veut pas dire qu'il soit associé en tout ; *tamen per omnia non socius est.* Il n'est pas mentionné expressément ou tacitement dans la raison sociale, qui est *Nicolas, Jean-Jacques et Paul* ; or, pour qu'un individu soit considéré comme pleinement associé, il faut nécessairement que la société agisse sous son nom expressément ou tacitement. « Socius agit contra debitores so- » ciales et a socialibus creditoribus convenitur, *cum sub* » *ejus nomine expresso vel tacito sit contractum* (1). » Mais si, étant participant ou commanditaire, il n'a pas contracté avec les tiers, il ne doit pas avoir affaire à eux (2). C'est pourquoi l'associé ordinaire et général qui a pu régler la forme du négoce ne doit agir que contre l'administrateur (3). Mais le commanditaire, le participant qui n'est pour rien dans l'administration, qui ne sait pas si

---

(1) N° 9.
(2) L. *Et quidquid,* D. *Pro socio.*
(3) V. la loi 65, § 14, D. *Pro socio.*

tel s'abstient, ou s'il agit, et qui cependant a prêté à tous, a suivi la foi de tous, a action contre tous.

Tel est le résumé de la décision 39. Si on veut en lier toutes les parties ensemble, on verra qu'elle ne porte aucun secours à la thèse de M. Frémery. Elle ne s'occupe pas d'une raison sociale *un tel et compagnie*; elle porte sur une raison sociale qui n'indiquait que trois noms et pas davantage. Elle laisse par conséquent indécise la question de savoir ce qui devrait advenir des commanditaires dans le cas de la raison sociale *Un tel et compagnie.* On peut même en tirer avantage pour soutenir que, dans le cas d'une telle formule, s'il n'y a pas nomination expresse, il y a du moins cette nomination tacite dont parle Straccha, et qu'il assimile à la nomination expresse : *cum sub ejus nomine expresso vel tacito sit contractum.* Rappelons-nous ce que Straccha a dit ci-dessus, que la formule *Un tel et compagnie* comprend virtuellement les associés non dénommés : *virtualiter alii continentur.*

366. Venons maintenant à la décision 46.

Jean de Grimaldi agit contre la société *Étienne Cicala et J.-B. de Grimaldi*, de Venise, et demande que ces deux individus soient condamnés solidairement à lui payer tant de ducats, comme participant de cette société, ou du moins à lui rendre compte.

C'était donc encore un procès entre associés, et non avec des tiers. Straccha en fait la remarque. Étienne et Jean-Baptiste eussent été tenus solidairement envers les tiers, parce que leur nom était exprimé dans la raison sociale. Mais, à l'égard d'un associé, la solidarité existe-t-elle contre les autres associés? Tel est l'objet de la décision. Tel est le point de vue auquel se place Straccha. La rote décide que non. Mais en quoi cette solution peut-elle fortifier le système de M. Frémery ? Est-ce parce que l'arrêtiste a écrit ces paroles : « Quoad ex-

» traneos creditores cum dictâ societate contrahentes, » procul dubio habent quemlibet socium, *quorum nomen » expressum est, obligatum*. Et hoc procedit potiùs ex con- » suetudine mercatoriâ quàm de jure. Usu enim in ci- » vitate Genuæ et quidem notoriè receptum est quod » *socii expendentes* nomen, insimul tenentur contrahen- » tibus secum in solidum. Et talis consuetudo et obser- » vantia attendi debet, cùm faciat jus (1). » Mais qu'on se mette donc à l'horizon de Straccha!!! Qu'on se persuade bien qu'il veut tout simplement montrer la différence de position des associés entre eux et des associés avec les tiers!! Mais assurément il est loin de sa pensée de rien préjuger sur la question bien différente qui consiste à savoir si la raison sociale *N. et compagnie* n'affecte pas implicitement envers les tiers ceux qui font partie de la société.

367. Au reste, je remarque une contradiction frappante entre la décision 46 et la décision 39. Dans celle-là, Grimaldi se présente comme participant, tout comme Spinola dans l'autre espèce, et cette qualité ne fait l'objet d'aucune controverse. Il semblait dès lors, en prenant pour point de départ la décision 39, que les deux associés auraient dû rendre compte à Grimaldi. Point du tout : ici Straccha insiste sur ce qu'il n'y a de différence que le nom entre la participation et la société ; que Grimaldi est vrai associé ; qu'il doit donc discuter préalablement Jean-Baptiste, qui seul a géré et administré ; que ce n'est qu'après cette discussion qu'il pourra agir contre Cicala qui n'a pas eu l'administration (2).

368. Reste le statut de Gênes.

J'en ai rapporté les termes ci-dessus : il veut que les

---

(1) Nos 4 et 5.

(2) Arg. de la loi *Actiones*, 65, § 14, *Si communis*, D. *Pro socio*.

associés ne soient tenus envers les tiers par un lien de solidarité, qu'autant que leur nom figure dans les actes sociaux. — Mais n'oublions pas ce que nous a dit Straccha : il y a deux manières d'exposer son nom dans un acte de commerce : on peut le donner expressément, c'est ce qui arrive quand il est en toutes lettres dans la raison sociale ; on peut aussi le donner tacitement ; or, n'est-ce pas le donner tacitement que de le couvrir de la raison sociale, *un tel et compagnie?* VIRTUALITER ALII CONTINENTUR.

Cette interprétation me paraît la seule raisonnable. Elle a d'ailleurs un mérite ; outre qu'elle concilie Straccha avec lui-même, elle met la science des interprètes d'accord avec les usages commerciaux et la pratique des tribunaux consulaires.

369. Enfin, il est une particularité dont nous devons tenir compte. Qu'est-ce que la formule *N. et compagnie?* c'est une formule collective (1), c'est un nom collectif. Or, il est clair que c'est à cause de cette formule abrégée que la société dont nous nous occupons a été appelée société en *nom collectif.* Dans cet état de choses, il faudrait supposer une grande déviation dans les idées, pour que la formule en question, sortie d'abord de la société en commandite, comme le prétend M. Frémery, fût devenue caractéristique de la société en nom collectif. Quant à moi, je ne crois pas qu'il en ait été ainsi. Je suis convaincu que la formule *N. et compagnie* a originairement désigné des associés solidaires envers les tiers; qu'elle a été l'étendard des sociétés en nom collectif. On

---

(1) Toubeau, p. 91 : Tous les actes s'y font ou sous le nom de tous spécifiquement, ou bien *collectivement*, par exemple, sous le nom de *Jean, Pierre et compagnie.*

Rogue appelle aussi la signature *N. et compagnie* signature collective. (T. 2, p. 240.)

a vu là-dessus le sentiment des plus grands docteurs de l'école. C'est l'opinion de Savary (1), de Pothier (2), de Toubeau (3) et de M. Merlin (4).

Que si, plus tard, la commandite s'est, à son tour, revêtue de la formule *N. et compagnie*, c'est seulement lorsque l'écriture, devenue plus fréquente dans la constitution des sociétés, est arrivée en aide aux commanditaires, et a éclairé le public sur la position limitée dans laquelle ils entendaient rester (5).

370. Quoique l'usage du commerce soit de signaler la raison sociale par la formule *N... et compagnie*, il ne faut pas croire qne cette formule soit sacramentelle. Toute énonciation qui manifeste au public l'existence d'une collection de personnes associées équivaut à une raison sociale. Toute société qui se produit au grand jour par des faits, des actes, des discours de nature à éclairer le public sur sa constitution, a, en réalité, une raison sociale. En un mot, dans le sens le plus étendu, la raison sociale c'est la manifestation de la société. Peu importe par quels moyens cette manifestation s'opère. Il suffit qu'elle ait assez de consistance pour engendrer la notoriété publique (6).

371. Il ne faut pas confondre avec la raison sociale, le nom que prennent assez souvent certains établissemens

---

(1) *Parères* 23 et 65.

(2) N°s 57, 60.

(3) P. 103.

(4) Répert., *Société*, p. 674.

(5) Aussi Savary leur recommandait-il de stipuler bien soigneusement qu'ils ne voulaient être obligés que jusqu'à concurrence de leur part. (Part. 2, liv. 1, art. 1.)

(6) Cassat., 22 frim. an XIII. (S. 5, 1, 675.)

7 juillet 1810. (S. 11, 1, 91. Dal., *Société*, p. 118. Merlin, Répert., v° *Société*, p. 706. *Infrà*, n° 376.)

exploités par des sociétés collectives, comme, par exemple, la fabrique de glaces de Saint-Quirin, la filature de Senones, la teinturerie du bleu de France, etc., etc. Ces désignations adoptées comme achalandage et pour entretenir le public dans la connaissance des produits et du siége de ces établissemens, ne sont que l'enseigne de la chose (1); elles ne sont pas la raison sociale, c'est-à-dire le nom de la société, de la personne morale (2); ce n'est pas sous ce nom de chose que les billets sont signés, que les inscriptions sont prises, que les assignations sont données ou reçues. — Tous ces actes veulent une personnification qui se signale par un nom à elle propre.

372. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale ; ainsi le veut l'art. 21 du Code de commerce. Par cette disposition, on a voulu empêcher les personnes qui succèdent au commerce d'un négociant décédé de le continuer sous le nom du défunt. Dans les affaires, le crédit est tout personnel, il ne se transmet pas par cession ou héritage. Il s'acquiert par les actes et par la capacité. Il ne fallait donc pas qu'un successeur se parât d'un crédit fallacieux, en s'appropriant une raison sociale éteinte par la mort d'un de ceux qui en faisaient la valeur (3). On s'étonne qu'un usage contraire ait jadis régné en France et qu'il se perpétue en Angleterre. C'est une source de fraudes pour le public confiant. Il suit de là que la raison sociale d'une maison

---

(1) *Gazette des tribunaux* des 25 et 26 avril 1842.
(2) M. Pardessus, t. 4, n° 978. M. Malpeyre, n° 34.
(3) M. Locré sur l'art. 21 C. de c.
M. Pardessus, t. 4, n° 978.
M. Malpeyre, n° 36.
M. Persil fils sur l'art. 21 C. de c.

n'est pas cessible, avec le fonds de marchandises et l'achalandage aliénés; elle n'est pas non plus transmissible par succession. La retraite ou le décès d'un seul des associés doivent la faire effacer (1) ; il faut en créer une autre. Le nom de l'établissement peut seul persister comme enseigne de la chose.

373. Si l'on insérait dans la raison le nom d'un individu étranger à la société, en faisant connaître qu'il n'entend pas s'obliger par elle ou pour elle, il n'y aurait pas sans doute de mauvaise intention ; je sais même que cela se pratique assez souvent pour conserver à une maison la protection du nom qui en a fait la fortune. Néanmoins, cette pratique a des inconvéniens; elle peut induire en erreur les tiers, qui n'ont pas toujours la possibilité de se faire représenter la teneur de l'acte de société, ou qui peuvent avoir oublié le contenu des circulaires et des affiches. Comme les affaires de commerce se traitent avec rapidité et bonne foi, l'équité veut qu'on soit attentif à écarter scrupuleusement les causes les plus innocentes d'erreurs et de mécomptes; partant de là, je ne serais pas éloigné de croire que celui, qui aurait ainsi consenti à prêter son nom, ne fût puni de son imprudence par une solidarité que ne pourraient détourner toutes les réserves du contrat de société (2).

374. Le contrat de société fixe la raison sociale (3). On a l'habitude de le faire connaître aux correspondans de la maison par des circulaires.

375. Un point non moins important, c'est de régler, par

---

(1) *Suprà*, n° 254.

(2) M. Horson, *Journal du commerce*.

Arg. de ce que dit M. Pardessus, *loc. cit.*

(3) *Suprà*, n° 236.

le même acte, quel est celui des associés qui aura la signature sociale. Nous verrons plus bas si une signature, donnée par un associé qui n'a pas la signature sociale, engage ses co-associés à l'égard des tiers de bonne foi (1).

376. La raison sociale est de l'essence de la société en nom collectif; sans la raison sociale, la société cesserait d'être une société collective : elle tomberait dans la classe des sociétés en participation (2).

Mais pour bien entendre ceci, on ne doit pas perdre de vue la définition que j'ai donnée de la raison sociale. Ainsi, supposons qu'une société se soit formée entre Pierre et Paul, pour exploiter collectivement une forge. De ce que les deux associés collectifs ont négligé, dans l'acte de société, d'adopter une raison de commerce, il ne faudra pas se hâter d'en conclure que leur société n'est qu'une sorte en participation. Si Pierre et Paul ont publié leur société, s'ils ont révélé au grand jour le lien qui les unissait, si en face du public ils se sont toujours comportés comme associés, ils seront vrais associés collectifs (3); car on aura été positivement informé que Pierre agissait en *compagnie*, que Paul, de son côté, agissait en *compagnie;* la raison sociale sortira de la publicité de la qualité d'associé, nécessairement inhérente à chaque acte fait par Pierre et Paul pour la chose commune.

Ceci est d'une haute importance et n'a pas été suffisamment mis en relief par tous les auteurs modernes. Quand nous commenterons les articles 1862 et suiv. du Code civil, nous ferons remarquer le parti qu'on en peut tirer pour fixer le droit des tiers à l'égard de la société. Contentons-nous de dire, quant à présent, que notre

---

(1) *Infrà*, n° 812.
(2) M. Pardessus, t. 4, n° 1009.
(3) *Suprà*, n° 370.

doctrine s'appuie sur les arrêts de la Cour de cassation rapportés tout à l'heure, et sur une théorie que Casaregis a résumée en ces mots :

« Socius socium non obligat, nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale, *vel saltem ex facti circumstantiis, aut subjecta materiâ illud argui potuerit* (1). » La raison sociale n'est pas quelque chose de sacramentel; la formule se remplace utilement par des faits graves, équivalens, et par la force des choses.

§ 2. *De la société en commandite.*

377. La société en commandite, qui est la seconde espèce de société de commerce, repose sur d'autres combinaisons que la société en nom collectif.

Dans la commandite, tous les associés ne sont plus solidaires. Les créanciers de la société n'ont une action personnelle indéfinie et solidaire que contre les associés gérans; quant aux autres, ils ne sont tenus que de leur mise, et pas au delà (2).

378. Dans l'origine, on appelait commande ou commandite toutes les sociétés dans lesquelles on confiait un capital en nature ou en argent à un associé pour en tirer parti, sous le nom de ce dernier, et pour en partager les gains. Le cheptel n'était pas autre chose qu'une société en commande ou commandite (3); et dans la Bresse et le Bugey on l'appelait encore, du temps de Delaurière, *commande de bestiaux*.

En effet, dans le latin de la moyenne et de la basse

---

(1) Discours 39, n° 13. V. *infrà*, n° 780, et Straccha, décis. 14, nos 96 à 99. *Infrà*, n° 795.

(2) Art. 23 C. de com.

(3) Delaurière, v° *Société en commandite*, et Favre sur la loi 38 D. *Pro socio*. Voyez notre préface ; il est important d'y revenir.

latinité, *commendare* (1) signifiait déposer une chose, la prêter, la confier (2); ainsi, ce nom de *commenda* (commande) était propre à toutes les sociétés dans lesquelles se rencontrait la combinaison d'un capital confié à un travailleur; peu importait que la société fût purement civile, ou qu'elle eût le négoce pour objet, on ne distinguait pas; le cheptel en est la preuve : et c'est à quoi M. Frémery n'a pas fait assez d'attention dans son tableau historique de la société en commandite (3).

379. Le rapport étymologique que je viens de signaler entre le cheptel et la commandite ne s'arrête pas aux mots; il va jusqu'au fond des choses. La conformité des deux combinaisons se manifeste par les indices les plus clairs d'une commune origine.

En effet, de même que le cheptelier est tenu de tous les soins de l'administration du troupeau (4), de même le commandité est le gérant de la société et en gouverne

---

(1) *Id.*—Le bon Savary, qui était plus versé dans la pratique commerciale que dans la science des étymologies, croyait que la société en commandite portait ce nom parce que *celui qui donne ses deniers est toujours le maître. Car c'est lui qui maintient le commerce que l'autre fait par le moyen de son argent.* (T. 1, p. 356.)

Toubeau a donné son étymologie du mot *commandite* et l'on ne saurait rien de plus plaisant : « M. Collinet m'a dit que le mot » *commandite* vient de *comment dit*, *ut dictum est*, une société » aux termes et aux conditions dites, spécifiées et portées par le » contrat ou scripte. Cette étymologie *me semble fort bonne et fort* » *naturelle.* » P. 103. Et à moi, elle me rappelle cette facétie sur le mot *cordonnier*, homme qui donne des cors aux pieds!!

(2) Bartole, après avoir dit (sur la loi 23. D. *deposit.*) : *Commendatum et depositum idem sunt*, ajoute, en faisant allusion au commerce de Pise : « Pisani dicunt contrà *quod commendare aliud* « *sit quam deponere.* »

(3) P. 36 de ses études de droit commercial.

(4) Art. 1800 et 1804 C. c. Mon com. du *louage*, n° 1054, 1071, 1065, 1072.

seul les affaires ; de même que l'associé commanditaire n'est responsable que jusqu'à concurrence de sa mise, de même le propriétaire du troupeau n'est pas obligé aux dettes contractées par le preneur pour sa gestion, au delà de son apport et de la règle que la chose doit répondre pour les frais de sa conservation. Dans les anciennes coutumes, le bailleur à cheptel avait un droit de suite sur les animaux que le preneur aurait vendus ou détournés (1), et les créanciers personnels du preneur ne pouvaient rien faire au préjudice des droits préférables du bailleur (2). Dans l'ancienne commande, le donneur avait privilége sur les produits de retour, par préférence aux créanciers personnels du preneur, etc., etc,

380. Mais la commande commerciale, en s'appliquant à des intérêts moins locaux et moins restreints, a mieux mis en relief le double cachet de la commandite, à savoir, que le bailleur de fonds ne peut agir, et qu'il n'est tenu que jusqu'à concurrence du capital qu'il a mis dans la société. Les créanciers, plus souvent aux prises avec les sociétés de commerce qu'avec la modeste industrie des bergers, virent tout de suite leur position plus ouvertement caractérisée ; les voyages lointains des commandités montrèrent plus clairement dans quelle abstension le bailleur doit se renfermer pour se maintenir à l'égard des tiers, dans une responsabilité restreinte à la mise. Car au moyen âge, la commande était fort usitée, non-seulement dans le commerce de mer (3), dont parle seul M. Férmery (4), mais encore dans le

---

(1) Mon com. du *louage*, n° 1143, je cite Berry et Nivernais.

(2) Mon com. du *louage*, n° 1155.

(3) V. les statuts rapportés au n° 381. Emerigon, t. 2, p. 398, 399.

(4) P. 36, 37, 38.

commerce de terre(1). On confiait à un marchand ou à un marin qui entreprenait des excursions, un fonds en argent, ou bien une pacotille, pour en trafiquer dans les villes où se tenaient des foires, ou dans les ports où le bâtiment devait s'arrêter. Le marchand ou le marin avait une part dans le gain, et le bailleur de l'argent ou de la marchandise ne pouvait jamais être engagé au delà de sa mise. Ce contrat s'appelait contrat de *commande* (2), et en Italie *accomenda* (3).

381. On a prétendu, je ne sais sur quel fondement, qu'il avait pris naissance en Italie (4) : mais le commerce maritime de la Provence et du Languedoc a autant de droit que l'Italie à en revendiquer l'usage immémorial. On trouve la commande mentionnée dans les monumens les plus anciens de leurs pratiques marchandes, et Marseille et Montpellier peuvent citer pour elle leurs anciens statuts, aussi bien que Pise, Gênes et Florence. M. Frémery a cru, à tort, qu'elle n'a commencé au plus tard qu'au treizième siècle (5). Les statuts de Pise et Florence, rédigés au douzième siècle, en 1160, en font déjà mention. Comme plusieurs auteurs graves ont enseigné que la commande était à cette époque bien moins une société qu'un mélange du mandat et du contrat de louage (6), je ferai remarquer que les statuts de Pise et de Florence, qui sont les plus anciens, la considèrent comme une association (7) ; elle a le même

---

(1) Ord. de Louis-le-Hutin, du 9 juillet 1315, art. 5.

(2) Ducange, v° *Commande*.

(3) Emerigon, t. 2, p. 398.

(4) M. Cresp., *Consult.* pour les commanditaires Loubez, p. 3 et 26, 90. M. Vincens, des Sociétés par actions, p. 17.

(5) P. 36.

(6) M. Pardessus, *Lois marit.*, t. 2, p. 186; t. 4, p. 527.

(7) Rubric. XI. (M. Pardessus, t. 4, p. 571.)

caractère dans les établissemens de Montpellier du treizième siècle (1). Il y est dit :

« Celui qui aura pris *en commande ou en société* (*en commanda o en campanhia*), d'une personne quelconque, de l'argent ou de la marchandise pour les porter en un voyage *par mer* ou *par terre*, sera tenu, à son retour dudit voyage, de rendre compte fidèle de cette *commande* ou *société* et des profits qu'elle aura produits. »

Dans tout ce titre, la commande est toujours accolée avec la société, et les preneurs sont appelés *commendatori o companhi*.

Même langage dans les statuts de Marseille qui se rapportent aux années 1253 et 1255 (2). On y trouve un chapitre intitulé : *De societatibus et commandis* (3). Là, le mot commande n'est jamais séparé du mot société, comme si, pour les trafiquans de cette époque, la commande eût été la société par excellence, la seule société dont il fût nécessaire de s'occuper. Toujours ces formules : *Societas vel commenda, socii vel commendatores : receptio nomine societatis vel commandæ.*

Les statuts de Gênes, dont la rédaction est plus tardive (4), reproduisent la même formule et la même pensée :

« Si verò de rebus *in societate accomandatione, vel pro* » *implicita* (5) *commissis*, vel ex pecuniâ illâ, emptio-

---

(1) Pardessus, *loc. cit.* t. 4, p. 255.

(2) M. Pardessus, t. 4, p. 266.

(3) Ch. 19.

(4) De 1588, lib. 4, c. 13. (M. Pardessus, t. 4, p. 527.)

(5) L'*implicita* est une espèce de commande dans laquelle le preneur se fait assurer un tant pour cent, payable à tout risque et quand même il y aurait perte sur la négociation. Il en est aussi question dans les statuts de Marseille (*loc. cit.*). Cette espèce de commande, fort usitée dans le commerce maritime, est plutôt un contrat de louage qu'une société, à cause de l'exemption du ris-

» nem aliquam fecerit, accomandator seu accomandi-
» tarius et particeps implicitæ, habeat actionem tam in
» rem quàm in personam contrà illum cum quo con-
» traxerit, et possit petere *totum debitum* quod sibi
» attigerit pro quantitate seu participatione. »

382. Sans doute il sera arrivé quelquefois, il sera arrivé souvent, que l'on aura confié une pacotille à un marin, chargé de la faire valoir à un titre qui n'était pas précisément une société, et qui rentrait plutôt dans la classe du mandat, du louage d'ouvrages, de la commission ou des contrats innommés (1). C'est la célèbre espèce de la pierre précieuse dont traite Ulpien dans la loi 44 D. *Pro socio* (2); et il faut convenir que, dans le *consulat de la mer*, la commande paraît, à quelques égards, envisagée de ce point de vue (3). Mais il n'en est pas moins vrai qu'en général la commande réveillait, chez les rédacteurs des usages maritimes et commerciaux, l'idée d'une association. La preuve n'en saurait être douteuse, après les citations que je viens de faire. De plus en plus, du reste, elle s'identifia avec la société, et les jurisconsultes la considérèrent exclusivement comme une espèce remarquable dans le genre des sociétés. « Accomandita, disait Casaregis, *sive societas* » *inita per viam accomanditæ*, quæ multùm solet prac- » ticari Florentiæ (4). » Delaurière s'en explique de même (5), et nous lisons dans Ducange, au mot *Com-*

---

que et de l'assurance du profit, qui répugne à la société. (V. *infrà*, n° 649.)

(1) Voyez la note précédente.

(2) *Suprà*, n° 34.

(3) Cette compilation, que l'on croit être du treizième siècle, a consacré beaucoup de détails à la *commande*. (M. Pardessus, t. 2, p. 186, 192 et suiv., p. 199 et 260.

(4) Disc. 29, n° 24.

(5) Glossaire, v° *Société en commandite*.

menda : « SOCIETAS *mercatorum* quâ uni sociorum TOTA » *negotiationis cura commendatur, certis conditionibus;* » gallicè, *société en commandite.* » Et il cite les statuts de Marseille, qui, en effet, sont la meilleure justification de cette définition. Puis, aux mots *commendator, commendatarius*, il ajoute : « *Mercator* SOCIUS, qui alteri » commendat *integram negotiationis curam*, certis conditionibus. »

Valin, définissant le contrat de pacotille, par lequel on donne des marchandises à un marin pour les vendre à profit commun, dit : « C'est là une *espèce de société* » qui n'a rien d'illicite (1). » Émerigon appelle également du nom de *société nautique* la commande, ou *accomenda* des Italiens, pour une pacotille; il donne même cette qualification à l'*implicita* dont il est question dans les statuts de Marseille et de Gênes (2). Mais nous verrons au numéro 649 qu'il est plus régulier de mettre cette dernière combinaison dans la classe du contrat de louage.

383. Quoi qu'il en soit, la commanda fut au moyen âge une des plus fréquentes combinaisons du commerce de terre et de mer; elle alimentait la navigation de la Méditerranée; elle faisait entreprendre des voyages profitables aux marins du Bas-Languedoc, de la Provence, de l'active Italie; elle poussait les marchands vers l'Orient et dans l'Archipel, à la suite des croisés (3). Les Lombards, ces rusés Italiens qui allaient sucer la substance des peuples agriculteurs ou guerriers, les Lombards, dis-je, s'unissaient entre eux, par des sociétes de commandes, pour faire le change aux foires

(1) T. 1, p. 683, sur le livre 3, t. 4, art. 2, de l'ord. de la marine.

(2) T. 2, p. 398, 399.

(3) Les assises de Jérusalem traitent de la commande, ch. 41 et 45 de l'assise des bourgeois, et donnent pour exemple une pacotille prise en commande pour Chypre. Voyez notre préface.

de Champagne (1) et emporter d'énormes bénéfices, avec lesquels ils faisaient construire de superbes palais à Florence et à Pise (2). On faisait des commandes de marchandises, de navires (3), d'argent; on en faisait pour le négoce de mer, pour le négoce de terre, même pour les besoins de l'agriculture; car, je le répète, le cheptel n'est qu'une société de ce genre appliquée à l'élève des troupeaux. La commande vint aussi au secours des capitalistes nobles et bourgeois qui, retenus par les lois canoniques, ne pouvaient prêter leur argent à intérêt, et qui, d'autre part, ne voulaient pas faire ostensiblement le commerce. Cette ingénieuse idée, de ne faire entrer le bailleur de fonds dans les pertes que jusqu'à concurrence de sa mise, favorisait la direction des capitaux vers ce genre de placement : on trouvait commode de faire fructifier son argent sans engager sa responsabilité personnelle. Les capitaux, frappés de stérilité par les prohibitions de l'église, trouvaient donc dans la commande un débouché licite et lucratif : c'était pour les nobles, que le commerce aurait fait déchoir, un moyen d'en tirer parti sans déroger (4): leurs capitaux, confiés à un négociant, profitaient par son industrie, sans qu'ils fussent connus du public.

384. Telle est l'origine de la commandite; telle est sa

---

(1) Ord. de Louis X le Hutin, du 9 juillet 1315, art. 5 : « Les » dits marchands italiens, pour change, *commande*, et quelques » autres contrats qu'ils fassent ensemble l'un avec l'autre, ne » seront par nous, ne par nos gens, repris ne reprochiez des cas » d'usure. » Voir les détails historiques de ceci dans notre préface.

(2) Muratori, *dissert.*, 16.

(3) Consulat de la mer, ch. 168.
M. Pardessus, t. 2, p. 192.

(4) Rogues, t. 2, p. 237.
Toubeau, p. 105.
Deluca, *De credito*, disc. 89, n° 5.

physionomie jusqu'au 17[e] siècle. J'en ai tracé l'histoire dans la préface de ce livre. J'ai dit le rôle considérable qu'elle a joué, et les grandes entreprises auxquelles l'employa le commerce italien.

Quant à son caractère légal, ce qui domine dans cette période, c'est qu'elle n'a pas de raison sociale et qu'elle ne doit pas en avoir (1); car, par sa nature, elle laisse ignorer aux tiers le nom du commanditaire; elle n'agit au dehors que sous le nom seul, sous le propre et privé nom du marchand commandité, appelé complimentaire (2).

C'est ainsi qu'elle nous est dépeinte par Casaregis, le plus grand maître en droit commercial : « Accomandita, » sive societas inita per viam accomanditæ, quæ multùm solet practicari Florentiæ (3), nihil propriè aliud » est, quàm communis negotiatio inter accomandantes et » accomandatarium, *pro capitalibus respectivè ab eis in* » *negotio expositis; in quo non expenditur nomen accomandantium, sed accomandatarii* DUNTAXAT; *et sic jus formale* » *ipsius negotii residet penes accomandatarium, qui habet* » *totale exercitium et administrationem, et* PROPRIO NOMINE » *contrahit et distrahit*, et accomandans habet tantùm » interesse *per participationem pro* ratâ capitalis immissi, » non verò per *proprietatem in jure formali ipsius negotii;* » ità ut doci *nequeat, quod vel ex mandato expresso vel tacito* » *accomandantium* contrahentes cum negotio, sequentur » fidem et personam dictorum accomandantium (4). »

On le voit donc : la commandite se distingue surtout par ce côté dominant, savoir, qu'elle est une affaire occulte entre le commanditaire et le complimentaire, seul connu du public, seul en rapport avec lui.

---

(1) *Suprà*, n° 369.

(2) Toubeau, p. 103. Rogues et autres.

(3) On a vu dans la préface les preuves historiques et intéressantes de fait.

(4) Disc. 29, n° 24.

385. Maintenant, avant d'aller plus loin, je dois signaler une circonstance qu'il ne faut pas perdre de vue dans l'étude de la commandite. Cette circonstance est que, d'après l'école italienne qui s'est beaucoup occupée de cette matière, et qui seule nous fournit des guides éclairés pour les temps antérieurs à notre ordonnance de 1673, la commandite est une branche de la société anonyme ou en participation. On ne la considère pas comme une société formelle et normale. On ne lui donne le titre de société qu'avec des réserves et des restrictions capitales. Si elle est qualifiée du nom exprès de société dans les statuts, ce n'est, d'après la doctrine, que dans la mesure pour laquelle la participation est admise au nombre des associations. Ainsi, un gentilhomme entre-t-il dans une société de commerce à qui il fournit des fonds, sans révéler son nom aux tiers, sans s'ingérer dans l'administration, voici ce qu'en dit le cardinal Deluca :

« Quodque admissio dicti marchionis (le marquis » André Maidalchino) ad illud particulare negotium, » tàm *pro subministratione pecuniæ, quàm pro ejus protec-* » *tione* (quæ, attentâ temporum qualitate, magna erat) » *importasset simplicem participationem, non autem socie-* » *tatem,* cùm ipse nunquàm proprium nomen accomo- » dasset, minùsque in negotii administratione se inges- » sisset ; quinimò etiam hujusmodi participationem » occultam esse optasset, ut consuetudo est nobilium » et qualificatorum virorum, qui pecuniâ effluentes, » ità *sub negotiationibus quæ ab aliis exercentur,* ad ali- » quod lucrum eos tenere curant, *absque eo quod for-* » *malem societatem contrahant* (1). »

Ailleurs (2), Deluca examine la position des nommés Sacchetti et Valenti qui s'étaient associés avec Adrien Honorati, fermier des revenus publics, à condition

(1) *De credito,* disc. 89, n° 7.
(2) *De locat.,* disc. 27.

qu'ils ne seraient pas nommés et que toute l'affaire se ferait sous la gestion et le nom d'Honorati, comme s'il était seul; et il soutient qu'ils ne sont que de vrais participans et pas des associés proprement dits.

Casaregis unit tellement la commandite à la participation, qu'il dit que le commanditaire : « *Habet tantùm » interesse per participationem pro rata capitalis immissi* (1)»

Et plus bas : « Commandantes non sunt socii, neque » *in jure formali, negotii considerantur condomini, sed » solum sunt* PARTICIPES (2). »

C'est aussi ce qu'enseigne Jorio, auteur du Code Ferdinand, d'après la rote romaine : « I comanditanti » non sono socii, ma solamente *participi* (3). »

386. Reprenons à présent l'aperçu historique des progrès de la commandite; nous l'avons laissée à l'école de Casaregis; il faut voir ce qu'elle est devenue depuis.

Quelque grandes qu'aient été les spéculations auxquelles les Italiens se livrèrent en Europe et en Orient, il ne faut pas oublier cependant que la découverte du Nouveau-Monde ouvrit au négoce un plus vaste horizon. Vers le 17e siècle surtout, le commerce avait embrassé de très vastes combinaisons, et cet élan s'était soutenu sous les règnes de Louis XIV et de ses successeurs. Les compagnies des Indes orientales et occidentales avaient été organisées sur un large plan, en 1664 (4); d'autres entreprises avaient demandé à l'esprit d'association des capitaux et des forces, et le droit commercial français, qui, presque toujours jusqu'alors, avait vécu des emprunts faits à l'Italie, reçut de la main de Louis XIV la célèbre ordonnance de 1673, l'un des plus beaux monumens du génie organisateur de ce grand roi.

Dans le titre de cette ordonnance qui traite des socié-

---

(1) Disc. 29, n° 24.
(2) N° 38.
(3) Giurisp. del comm., t. 25. *Junge* cons. de M. Cresp, p. 33.
(4) V. l'ord. dans Bornier, t. 2, p. 476.

tés, la commandite trouve une place à côté de la société collective; elle se détache de la société anonyme ou participation (1), dont l'ordonnance ne parle pas. Elle prend le caractère et le rôle d'une vraie société, d'une société constituée telle, à l'égal de la société collective, quoique avec des conditions différentes. On laissera donc désormais à l'école italienne l'idée de séparer la commandite de la société formelle. La commandite, depuis l'ordonnance de 1673, a pris plus de consistance; elle compte parmi les associations qui ont le droit de se revêtir du nom de sociétés proprement dites. Je recommande cette observation à l'attention du lecteur; elle est nécessaire pour ne pas abuser de la doctrine des auteurs italiens, et pour ne pas fausser par des citations mal comprises l'ordre d'idées de notre jurisprudence française.

Du reste, l'ordonnance de 1673 ne donne pas de définition de la société en commandite. Pour en connaître les élémens et la portée, il faut la suivre dans son mouvement pratique, plus encore que dans les explications théoriques données par les auteurs. Beaucoup de jurisconsultes anciens en ont parlé (2); mais ce qu'ils en disent est beaucoup moins instructif que les faits dans lesquels nous surprenons la commandite mise en action.

387. Et, d'abord, il faut distinguer la commandite entre négocians, et la commandite entre un négociant et un particulier.

Quand un particulier commanditait un négociant, en mettant dans son commerce une somme d'argent pour la faire profiter, ce particulier, quoique maître dans une société à laquelle il donnait la vie par ses capi-

---

(1) *Infrà*, nº 399.

(2) Savary, t. 1, p. 356; et t. 2, parères 52, 55, 65.
Jousse sur l'ord. de 1673.
Bornier, Conf. des ord., t. 2, sur l'ord. de 1673.
Pothier, *Société*, nºs 60 et 102. Etc., etc.

taux (1), ne devait cependant faire aucun acte extérieur d'associé (2); presque toujours, magistrat ou gentilhomme, il eût cru déroger s'il eût mis la main à des actes de gestion incompatibles avec ses devoirs, son caractère et ses préjugés; il restait ignoré du public; ses fonds alimentaient le négoce; mais sa personne n'entrait pas dans l'action commerciale.

Savary, dans ses formulaires, a donné les statuts d'une commandite entre un secrétaire du roi et un négociant pour le commerce des laines, toiles, draps, merceries avec les Indes (3).

Le négociant, appelé Loiseau, fait tout le commerce sous son nom. Il achète, il expédie, il vend sans le consentement du simple particulier appelé Duclos, qui s'est confié dans sa probité; il suffit qu'il justifie la confiance du commanditaire par son zèle et sa bonne conduite.

Duclos a apporté 50,000 fr., il ne peut perdre que jusqu'à concurrence de cette somme (4); il n'agit pas, il ne contribue pas par son industrie; toute l'action repose dans les mains de Loiseau, qui risque tout son bien dans cette entreprise, et qui, par cela même, est intéressé à la conduire avec la plus grande prudence. Du reste, Loiseau doit rendre compte à Duclos, il doit lui soumettre toutes les factures.

388. Cette société d'un particulier et d'un marchand ne devait pas être enregistrée. L'ordonnance ne l'exigeait pas, par condescendance pour les capitaux civils qu'elle voulait attirer vers le commerce, tout en laissant aux capitalistes la certitude que leurs personnes échapperaient aux recherches du public (5). Cependant

---

(1) V. la définition que Savary donne de la commandite.

(2) Toubeau, p. 103.

(3) T. 1, p. 400.

(4) Art. 18.

(5) Savary, t. 1, p. 366.

des inconvéniens graves résultaient de cette concession (1).

389. En effet, le commanditaire, dont la position n'était pas fixée par l'enregistrement public de la société, n'avait rien de plus facile que de se faire passer pour un simple créancier du commandité; d'autant que les livres du gérant n'inscrivaient pas les fonds reçus comme capital social, et ouvraient au commanditaire un simple compte de créancier. Il arrivait de là qu'en cas de faillite du commandité, le commanditaire achetait par quelques sacrifices le silence de son associé, et venait au sol la livre avec les autres créanciers de la société, tandis que si la société eût été connue, il aurait dû supporter sa part des dettes sociales jusqu'à concurrence de sa mise. Cette manœuvre revenait souvent dans les faillites. Savary la signale comme fréquente (2). Elle frustrait les créanciers d'un recours qu'ils auraient légitimement exercé sans la connivence des associés. L'ordonnance livrait donc les créanciers à la bonne ou mauvaise foi du failli; elle n'était pas assez sévère contre les fraudes. Mais elle avait été arrêtée par une barrière, à ses yeux infranchissable, à savoir, la nécessité de laisser aux commanditaires le secret de leur position.

390. Maintenant, arrivons à la commandite entre négocians; nous allons trouver des faits qui contrastent singulièrement avec les idées que le Code de commerce nous donne de la commandite.

Savary a tracé le modèle d'une société en commandite entre quatre individus négocians, pour l'établissement d'une manufacture de marchandises de soies et de brocards : en voici le mécanisme (3).

D'abord le fonds capital de la société est composé,

---

(1) Rogues, t. 2, p. 237.
(2) T. 1, p. 366, 367.
(3) T. 1, p. 391.

1° par Fournier, marchand de Paris, dont les versemens sont ainsi échelonnés : 30,000 fr. comptant, puis 20,000 fr. deux mois après, puis 10,000 fr. un mois après le second versement; total, 60,000 fr.; 2° par les frères Langlois, de Lyon, qui apportent comptant pareille somme; Delamarre fournit son industrie et point de capitaux; c'est lui qui fera marcher la fabrication et dirigera la conduite de la manufacture.

391. Ici, nous devons mettre en relief un fait des plus remarquables, parce qu'il répugne à la commandite telle que nous la comprenons aujourd'hui.

Les bailleurs de fonds sont loin d'être condamnés à l'inaction; au contraire, ils doivent donner à la société un utile secours. Les frères Langlois achèteront sous leur nom, en Italie, les soies, l'or et l'argent filé nécessaires à la confection des étoffes; Fournier fera à Paris le débit de ces étoffes sous son nom. Ainsi, chacun a son rôle actif; chacun est complimentaire dans sa spécialité; Delamarre, à Lyon; les frères Langlois, en Italie; Fournier, à Paris.

Les profits et pertes sont partagés ainsi qu'il suit: 3/8e à Fournier, 3/8e aux frères Langlois, 2/8e à Delamarre.

L'établissement portera le nom de *Manufacture de François Delamarre*. Ce dernier ne pourra monter aucuns nouveaux métiers sans le concours de ses co-associés; il ne pourra rien vendre sans la permission des frères Langlois.

392. La société n'a pas de raison sociale; chacun a ses fonctions à part, agit séparément, sous son nom particulier; et à ce sujet Savary fait les réflexions suivantes sur lesquelles j'appelle l'attention du lecteur. « Il est de cette société *en commandite* comme des an- » ciennes républiques, dont la souveraineté résidait » dans le peuple, par le suffrage duquel toutes les cho-

» ses se faisaient, et dont les plus illustres particuliers » élus dans les charges publiques, agissant chacun à » diverses choses, qui se rapportaient toutes à l'aug- » mentation et à la conservation de la république et du » bien public. C'est aussi dans *la société en comman-* » *dite* que réside toute la puissance du commerce qui s'y » fait, et les associés qui la composent *agissent et tra-* » *vaillent séparément, et chacun en leur particulier*, pour le » bien et avantage de cette société, sans pouvoir pour- » tant rien faire d'eux-mêmes, sans le consentement les » uns des autres, que ce qui a été convenu par l'acte de » société (1). »

Maintenant, je le demande, cette république dans laquelle réside toute la puissance du commerce, et qui se meut par l'action individuelle de chaque associé, coopérant dans sa spécialité au bien commun, est-ce là la commandite dont le Code de commerce a dessiné la structure et l'organisation?

393. Mais poursuivons. Les billets se feront sous le nom particulier de chaque associé; point de signature en nom collectif. Il y aurait de grands inconvéniens à ce qu'ils fussent souscrits du nom des trois associés; car, étant séparés les uns des autres, ils ne pourraient pas apposer facilement leurs signatures. Signer *Un tel et compagnie* ne serait pas non plus dans la nature de la commandite; car, dans cette société, « les *associés* ne » *s'obligent pas l'un et l'autre, quoique les choses qu'ils trai-* » *tent aillent au bien et à l'avantage de la société*, mais » seulement chaque associé en particulier *s'oblige en son* » *propre et privé nom aux choses qu'il s'est obligé de faire* » *par l'acte de société* (2). » Par exemple, les négocians d'Italie qui auront confié des soies aux frères Langlois

(1) T. 1, p. 397.
(2) Savary, *loc. cit.*

ne connaîtront que ces derniers pour leur paiement; et pourquoi? parce que l'ordre leur aura été donné dans le propre et privé nom des frères Langlois, et non pas dans le nom collectif des associés. Si les frères Langlois venaient à faire faillite, les marchands d'Italie n'auraient aucune action directe contre Fournier et Delamarre (1).

De même, les teinturiers, les ouvriers, etc., qui auront travaillé pour la manufacture, ne s'adresseront qu'à Delamarre qui les a employés; ils n'auront aucune action directe contre les autres associés (2).

Enfin, si les ventes que Fournier avait faites à Paris donnaient matière à des difficultés, les acheteurs n'auraient pas non plus d'action contre les frères Langlois et contre Delamarre ; ils ne pourraient s'adresser qu'à Fournier.

Et réciproquement les frères Langlois et Delamarre n'auraient aucune action directe pour demander paiement aux acheteurs qui auraient traité avec Fournier (3).

394. Après d'autres combinaisons dont il est inutile de parler, Savary veut, avec l'ordonnance de 1673, qu'on fasse enregistrer la partie de la société qui intéresse le public. Car il n'en est pas de la société en commandite entre marchands, comme de la société en commandite entre un marchand et un particulier. Si celle-ci ne doit pas être enregistrée, l'autre est nécessairement soumise à cette formalité. Or, quelles sont les choses que le public a intérêt à connaître dans cette association? Une seule, à savoir, que la société existe, afin qu'en cas de faillite de l'un des associés, ses créanciers puissent connaître ce qui lui appartient et exercer ses actions. Par exemple, Fournier peut faire pour son compte un com-

(1) Savary, t. 1, p. 397.
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*

merce particulier qui entraîne sa ruine. Dans ce cas, si la société n'était pas connue, l'actif, que Fournier y a, serait perdu pour les créanciers. Le reste est étranger au public. Chaque associé agissant en son propre et privé nom, les tiers ne suivent pas la foi de la société. Sous ce rapport, ils n'ont pas intérêt à la connaître.

395. Telle est l'organisation modèle que nous donne Savary d'une société en commandite entre marchands. Ce système, je le répète, ne ressemble en rien à la commandite du Code de commerce. Dans ses parères, nous trouvons une pareille société fonctionnant pour des affaires qui se rattachent au commerce colonial. Noël, Thouret et Renoult avaient fait ensemble une société en commandite (1) pour l'établissement d'une habitation dans l'île Saint-Christophe. Cette habitation devait être régie et gouvernée par Renoult. Les produits devaient être expédiés à Rouen à Thouret, qui était dans cette ville le complimentaire de la société, comme Renoult en était le complimentaire à Saint-Christophe; enfin Noël avait aussi une part active dans les opérations; il faisait des expéditions pour la colonie. Chacun, au surplus, agissait en son nom privé; et les dettes qu'il faisait ne pouvaient réfléchir sur ses co-associés que jusqu'à concurrence de leur fonds capital (2). De telle sorte que les dettes contractées à Saint-Christophe par Renoult, gérant de la sucrerie, ne pouvaient obliger Thouret et Noël que jusqu'au montant de leurs mises, bien qu'à Rouen et sur le continent ils se fussent immiscés dans des affaires liées au mouvement de la société (3)!!

396. Il paraît qu'à l'époque à laquelle écrivait Savary

---

(1) *Sic*, parère 52.

(2) T. 2, p. 447.

(3) V. aussi le parère 23, la société de deux maisons agissant chacune sous son nom, mais pour l'intérêt commun.

la société en commandite n'avait jamais arboré l'étendard social, c'est-à-dire, qu'elle ne s'était pas encore produite aux yeux du public sous une raison sociale. Mais bientôt cet état de choses changea, et la commandite, se développant dans d'autres proportions, adopta en France et en Hollande une raison sociale (1). Elle divisa même très-souvent son capital social en actions (2). La fameuse banque royale, imaginée par Law, était une société en commandite par actions sous la raison Law et compagnie (3).

On voit par-là que Pothier, trop attaché à Savary, n'a pas suivi les progrès de la commandite, quand il a dit que la société collective avait seule un nom social, et que dans la commandite le commerce ne devait s'exercer que dans le nom d'un seul gérant (4). Si tel était l'usage des temps primitifs, la pratique commerciale l'avait modifié, et cette pratique s'appuyait sur les nouveaux besoins de l'industrie.

397. Ce n'est pas tout.

Nous avons vu tout à l'heure qu'une société en commandite entre marchands pouvait être l'union de plusieurs maisons de commerce travaillant dans un intérêt social, mais sous leur propre et privé nom et dans une spécialité déterminée par l'acte de société.

---

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Société*, p. 674 et 675; il cite des exemples.

(2) V. un exemple aux *Questions de droit* de M. Merlin, v° *Actionnaire*, p. 103. C'est une manufacture de glaces, constituée *en commandite*, dont le capital social est divisé par actions. Nous avons vu du reste, dans la préface, que cette circonstance n'était pas nouvelle, et qu'en Italie la ferme des revenus publics se divisait entre les associés, en actions cessibles.

Junge *infrà*, n° 424, différens autres exemples.

(3) Brillon, v° *Banque*, n° 1. Lettres patentes du 2 mai 1716.

(4) N°s 57, 60. (Savary, parères 23, 65. Rogues, t. 2, p. 237. Etc.)

Cette combinaison était loin d'être la seule pratiquée. On voit des sociétés en commandite régies par des directeurs, affichant les noms de leurs membres, les soumettant à la solidarité dans la mesure du capital social, et, pour le surplus, les obligeant au sol la livre. Alors l'esprit est forcé de perdre de vue non-seulement les idées italiennes sur la commandite, mais même les définitions des jurisconsultes français, postérieurs à 1673. Il semble que désormais la seule manière d'éviter l'erreur dans cette matière, c'est de dire que toute société qui n'est pas collective est société en commandite.

Arrêtons-nous à un exemple frappant de cette sorte d'amalgame de tant d'élémens divers (1). Un édit de Louis XIV, de mai 1686, portait création et règlement d'une compagnie générale pour les assurances et grosses aventures de France, en la ville de Paris ; elle disait dans son préambule : « C'est ce qui nous a portés à exciter » plusieurs *négocians* et autres personnes *entendues au* » *commerce de s'associer ensemble pour l'établissement d'une* » *chambre générale d'assurances, en corps de compagnie,* » FONDS ET SIGNATURES COMMUNES, *à condition de faire par* » *eux un fonds considérable.* » Dans la pensée de Colbert, rédacteur de cet édit, cette compagnie devait être composée de trente associés, dont cinq devaient être élus à la pluralité des voix pour en être les directeurs. Les noms de tous les associés devaient être inscrits dans un tableau affiché au bureau général des assurances (2). Ces cinq directeurs devaient être remplacés à certains époques (3).

Le fonds devait être de 300,000 livres, divisé en soixante-quinze actions de 4,000 liv. chacune (4).

(1) *Infrà*, n° 919.
(2) Art. 2.
(3) Art. 3.
(4) Art. 4.

L'édit ajoutait :

Faute par les associés de payer aux termes convenus, ce qu'ils auront avancé sera perdu pour eux et acquis à la société, sans qu'ils puissent être déchargés des pertes qui pourront arriver sur les engagemens que la compagnie aura contractés jusques et compris le jour qu'ils auront été en défaut de payer (1).

Tous les actes de la société, polices, billets, lettres de change, devront être signés par les directeurs. Mais ni les directeurs signataires, ni les associés ne seront contraints solidairement au delà des 300,000 liv. formant le fonds social. Cependant, ils pourront être contraints, chacun au sol la livre, et à proportion de leur intérêt, au delà des 300,000 livres (2).

En cas que le fonds de 300,000 livres soit diminué par des pertes, il sera rétabli à ce taux par contribution au sol la livre, et à proportion de la part que chaque associé aura signée dans la société; et, en cas de refus, les récalcitrans seront exclus de la société, de plein droit, huit jours après sommation. Ils perdront toutes leurs avances qui demeureront acquises aux autres associés.

Le fonds de la société est spécialement affecté aux polices, sans pouvoir être diverti pour aucunes autres dettes.

Les actionnaires ne dérogent pas à la noblesse; et cependant ils pourront faire les assemblées nécessaires (3), nommer les commis (4), les destituer et remplacer (5) ;

---

(1) Art. 5. V. *suprà*, n° 199, ce que je dis des controverses sur une clause de ce genre.

(2) Art. 6 et 7.

(3) Art. 1.

(4) Art. 9.

(5) Art. 23.

du reste, la compagnie aura seule le privilége de faire des assurances (1).

En vertu de cet édit, dû à la prévoyance du grand Colbert, la compagnie se constitua; ses statuts, rédigés devant notaire, le 20 mai 1686, furent calqués sur ces prescriptions, ordonnées dans un esprit de conciliation entre les intérêts des tiers et les intérêts de la société. Quel est le nom que se donna la compagnie? Celui de société collective? Non, elle ne le pouvait pas; ses obligations étaient moins sévères que celles des associés collectifs. Elle prend donc le titre de société en commandite (2), qui, à l'avenir, appartient aux sociétés qui s'écartent de la société collective et se distinguent par des particularités et des anomalies; ce qui faisait que Leprêtre appelait la commandite *société conditionnée* (3).

Maintenant, voici le résumé de ces statuts :

Fonds capital de 300,000 liv., soixante-quinze actions de 4,000 liv. chaque; paiement des actions en quatre paiemens égaux : le premier, comptant; le second, quatre mois après; le troisième, dans six mois; le quatrième et dernier, trois mois après.

D'après cela, le fonds devait être complet dans neuf mois; chacun devait souscrire, à cet effet, des billets au porteur; faute de les payer, acquisition à la compagnie des avances faites, sans que les refusans soient déchargés des obligations souscrites par la société jusqu'au jour du refus de payer.

Tableau de tous les associés. Inscription de leurs noms.

Création de cinq directeurs, remplaçables d'époques

---

(1) Art. 25.

(2) V. dans Bornier, t. 2, p. 476 et suiv., ses statuts avec l'édit de Colbert.

(3) 2e centurie, ch. 82.

en époques ; ils signeront les polices, les billets, et feront les négociations pour le bien commun de la compagnie.

Les directeurs et associés ne seront obligés et contraignables solidairement que jusqu'à concurrence du fonds de 300,000 liv. Si ce fonds ne suffisait pas, ils ne seront obligés et contraints qu'au sol la livre, et à proportion de l'intérêt qu'ils auront pris dans la société.

Assemblée générale de la compagnie tous les mardis.

Le 5 janvier de chaque année, répartition des bénéfices et de tout ce qui sera trouvé au delà des 300,000 liv. Si, au contraire, ce fonds est diminué, il se fera une contribution au sol la livre, au prorata de ce que chaque associé aura d'intérêt dans la compagnie.

Ledit 5 janvier, la société fixera le prix des actions, et cette évaluation servira de taux pour les mettre en commerce, à la vente desquelles (*qui ne pourra être faite à plus haut prix*) la compagnie sera préférée.

Au décès d'un des associés, leurs veuves, héritiers, créanciers, seront tenus de vendre leur sactions dans un an au plus tard, sur le prix de la dernière évaluation, et *à charge de préférence pour la compagnie*. Les représentans de l'associé décédé cesseront de participer aux bénéfices et pertes, à commencer du lendemain du décès.

Les actions sont réputées mobilières.

Ces statuts furent approuvés par le roi en son conseil, le 6 juin 1686.

398. J'en ai dit assez pour montrer quel était l'état des choses quand fut préparé le Code de commerce. On le voit : l'usage et la nécessité avaient dépassé les formules des jurisconsultes. La commandite n'était plus nécessairement une opération secrète entre le capitaliste et le marchand ; elle avait agrandi le cercle de ses

moyens; elle avait compris la possibilité de fortifier la puissance du commerce par les secours d'une certaine mesure de publicité (1).

Voilà donc le système qui s'était érigé dans les affaires, tantôt avec le concours de la haute administration du royaume, tantôt par la force de la pratique, plus puissante que les définitions des légistes. Ce système, fallait-il l'accepter en l'épurant? ou bien le droit devait-il rétrograder vers la commande des croisades et des marins de la Méditerranée?

399. Lors de la discussion du Code de commerce, des divisions sérieuses se manifestèrent dans le sein du conseil d'État. M. Merlin, oubliant l'extension que la commandite avait prise, plus encore dans la pratique qu'en théorie, ne pouvait détacher ses yeux de la commande primitive, de la commande réduite aux étroites proportions qui l'avaient marquée à sa naissance; et quand ses collègues du conseil d'État, mieux instruits que lui des procédés des négocians (2), protestaient en faveur des usages modernes, son esprit éprouvait quelque trouble, et sa grande expérience du droit n'était pas toujours suffisante pour suppléer à son inexpérience du commerce.

Ainsi, par exemple, persistant à fondre la société en commandite dans la société anonyme ou en participation (3), dont l'ordonnance de 1673 l'avait détachée (4), il ne voulait pas que la commandite pût avoir un nom social, exigeant que tout se fît sous le nom d'un seul gérant, ainsi que cela se pratiquait du temps de Savary;

---

(1) V. *infrà*, n° 838, l'utilité pratique de cet historique.
(2) *Infrà*, n° 920.
(3) Locré, t. 17, p. 185.
(4) *Suprà*, n° 386 : elle ne parle pas de la participation et règle la commandite.

comme si, depuis cette époque, les intérêts n'avaient pas marché dans d'autres voies.

« M. Merlin ne convient pas qu'il puisse y avoir une so- » ciété en commandite entre deux personnes seulement, » dont l'une gère sous un *nom social*; car ce nom annonce » au public une société collective, et, par cela seul qu'un » négociant signe *Un tel et compagnie*, il manifeste au pu- » blic qu'il a un associé non commanditaire. On sait bien » que, dans quelques places de commerce, on s'est habi- » tué à l'emploi d'un nom social, alors même qu'il n'existe » qu'une société en commandite entre deux personnes ; » mais cet usage est une source de surprises que l'on ne » peut prévenir qu'en le proscrivant; car on ne les pré- » viendrait pas en ordonnant que la société en comman- » dite sera enregistrée; *elle ne doit pas l'être, et l'ordonnance* » *de* 1673 *ne l'exigeait pas, parce qu'il faut laisser au com-* » *manditaire la facilité de demeurer ignoré* (1).

» M. Begouen dit que le public ne peut être trompé par » l'usage qu'on fait d'un nom social. Celui qui forme l'en- » treprise est toujours obligé de faire enregistrer la so- » ciété. Si les associés sont solidaires, il le déclare ; s'il a » un associé commanditaire, il peut ne pas le nommer; » mais il déclare quelle est sa mise.

» M. Cretet ajoute : On a demandé comment signerait » le marchand qui n'aurait pour associé qu'un seul com- » manditaire : il signera *Tel et compagnie*, et le public en- » tendra très-bien une formule *à laquelle il est accoutumé* » *et dont le sens est fixé par l'usage.* »

400. Ces observations empêchèrent les esprits de dévier. L'usage commercial, rappelé par M. Cretet, fut sanctionné par l'art. 23 du Code de commerce. Les

---

(1) *Junge* Rogues, t. 2, p. 237. Mais si M. Merlin avait mieux recueilli ses souvenirs, il aurait vu que la société en commandite entre marchands devait toujours être publiée.

précautions prises par le législateur pour la publicité des sociétés en commandite lui enlèvent tous les abus dont on argumentait au conseil d'État. On s'étonne que M. Vincens, et M. Legoux son annotateur, en demandent l'abrogation (1); s'il fallait en croire les conseils de certains réformistes, toute la partie féconde et progressive du Code de commerce sur les sociétés, serait sacrifiée à de vaines frayeurs.

On prétend, à la vérité, que cet usage est sans utilité. Comment! il est sans utilité que Pierre, qui était connu pour un homme industrieux, mais pauvre et sans capitaux, et qui, tout d'un coup, se place à la tête d'un commerce qui nécessite un emploi considérable de fonds, apprenne au public que le crédit est venu à son secours, et qu'il s'appuie sur un fonds social ferme et respectable!! Il est sans utilité que Pierre, qui, réduit à ses propres forces, n'eût qu'imparfaitement commandé la confiance publique, emploie un moyen légitime de la conquérir tout entière!!

401. Ainsi donc, voilà la société en commandite largement et fortement organisée. Le législateur a plutôt sous les yeux les grandes tentatives d'association faites sous Louis XIV que la commande du moyen-âge.

402. Et non-seulement il lui demande une signature sociale, mais il lui permet de diviser son capital social par actions, afin d'attirer à elle de grandes masses de capitaux civils; il sanctionne un usage approuvé par l'utilité commerciale (2). Il régularise une précieuse conception du crédit, et l'offre aux besoins de l'industrie moderne.

---

(1) Législ. comm., t. 1, p. 317, note.

(2) M. Louis disait, au conseil d'État : « Quant aux sociétés en » commandite, elles se forment ordinairement par actions. » (Locré, t. 17, p. 187.) *Suprà*, n° 150.

403. De plus, la commandite pourra, ou accéder à une société collective et se combiner avec elle, ou bien marcher seule dans sa propre organisation, sous un gérant industrieux et sous une raison sociale qui annonce au public une association de capitaux venant au service du commerce.

404. Mais, à la différence de l'ancien droit, la commandite sera toujours publiée, soit qu'elle n'associe que des négocians, soit qu'elle unisse des commerçans et des non-commerçans. On taira les noms dans l'enregistrement; mais on fera connaître les sommes des capitaux. L'ancien droit avait long-temps cherché une combinaison de cette nature, sans pouvoir la trouver (1), et il reconnaissait lui-même l'insuffisance de ses moyens (2). Rien n'est plus simple que l'idée du Code de commerce; c'est l'œuf de Christophe Colomb.

405. Enfin, les commanditaires, commerçans ou autres, sont toujours condamnés à l'inaction; tout doit se faire sous le nom social par le gérant. Le commanditaire qui s'immisce dans la gestion est puni par la solidarité.

406. Telle est l'organisation éclectique que le Code de commerce a donnée à la société en commandite. Sans adopter aucun système exclusif, il a un peu emprunté à tous, pour composer un régime qui n'est ni entièrement neuf, ni entièrement vieux, et qui a tous les avantages des théories antérieures, dégagées de leurs inconvéniens (3).

Ce que je crois fermement, au surplus, c'est qu'il y a là-dedans quelque chose de plus avancé et de meilleur

---

(1) *Suprà*, nos 388, 389, 394.

(2) *Suprà*, n° 389.

(3) *Infrà*, nos 450, 451 : comparaison de la société anonyme et de la société en commandite.

que dans les anciens rudimens de la commandite maritime; et lorsque je vois certains auteurs ou économistes ombrageux vouloir que nous reculions vers le type primitif, ils oublient que les intérêts commerciaux ont d'autres besoins à satisfaire, et que de nouvelles affaires exigent de nouveaux moyens.

407. Je sais bien que le Code de commerce a beaucoup compté sur la sagesse des capitalistes et la prudence des spéculateurs. Dans l'ancienne monarchie, presque toutes les grandes commandites avaient été constituées en vertu d'un privilége et de lettres patentes; témoins la compagnie des assurances et la banque royale.

Aujourd'hui, le législateur a laissé à la liberté le soin de créer les sociétés en commandite; il a dégagé de toute entrave administrative cette espèce d'association, tout en lui laissant le développement de moyens, que l'autorité contrôlait autrefois. Mais la liberté saura ne pas abuser de cette confiance mise en elle. Quelques surprises passagères seront sans doute inévitables; n'en a-t-on pas vu des exemples sous le régime des priviléges? n'y a-t-il pas eu des Law par ordonnance, comme il y en a de par la liberté? Toutefois, le bon sens public ne laisse pas perdre ses droits, et la raison est plus forte que les agioteurs et les imprudens (1).

408. Entrons maintenant dans le mécanisme de la société en commandite, telle qu'elle est sortie des mains du législateur moderne; étudions-en les ressorts.

En premier lieu, l'art. 23 du Code de commerce veut qu'elle soit régie sous un nom social. On voit que c'est le contre-pied du droit primitif, qui ne concevait la commandite qu'à la condition qu'elle serait cachée au public et que tout le commerce se ferait sous le nom pri-

(1) Je me suis étendu sur cette idée dans la préface.

vé du commandité. Aujourd'hui, la commandite doit avoir un nom social ; sinon elle cesse d'être une société en commandite, avouant par-là qu'elle n'est pas même une société ; qu'elle n'a ni corps, ni capital social. Suivant les cas, elle dégénère en association en participation. Nous nous occuperons plus bas de ce genre de société.

409. Il ne suffit pas qu'il y ait une raison sociale qui régisse la commandite, il faut encore que cette raison sociale réunisse certaines conditions pour offrir au public les garanties désirables.

Pour cela, il est exigé, par l'art. 23 du Code de commerce, que les noms placés dans la raison sociale soient nécessairement ceux de personnes associées avec le commandité. Des personnes étrangères à l'association ne sauraient en être les gérans; car, autrement, il serait trop facile de jeter en avant des noms d'emprunt, sans valeur et sans responsabilité réelle. Il faut que les gérans mis en évidence par la raison sociale soient liés au succès de l'opération par un intérêt d'associé, afin qu'ils ne se laissent pas entraîner dans des aventures imprudentes, et que leur part dans la société rassure leurs co-associés et les tiers sur la marche de l'administration et sur le crédit de l'entreprise.

410. Comme tout le négoce se fait sous le nom des gérans associés, la conséquence est qu'ils sont responsables indéfiniment et solidairement (article 23 du Code de commerce). On aperçoit par-là combien est ingénieuse l'organisation de la commandite; tandis que les simples commanditaires, cachés sous le voile de l'anonyme, forment une association de capitaux dans laquelle leurs fonds plutôt que leurs personnes sont engagés, il y a au-devant d'eux, et en face du public, des hommes industrieux qui donnent le mouvement à ces capitaux, qui les font fructifier par leur activité et leur intelligence. Ceux-ci, sans cesse en rapport avec les tiers,

assument sur eux-mêmes une responsabilité personnelle et solidaire; et cet engagement personnel vient fortifier la confiance qui repose sur le fonds social anonyme (1).

411. Ainsi, la même entreprise peut-être à la fois société en nom collectif à l'égard des gérans désignés dans la raison sociale, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds (2).

412. Du reste, il peut n'y avoir qu'un seul gérant; il n'y a pas alors de société en nom collectif mêlée à la commandite; ce gérant unique est personnellement et seul responsable.

413. Ordinairement, lorsque de vastes sociétés en commandite se constituent, en divisant leur capital social par actions, on exige des gérans qu'ils soient propriétaires d'un certain nombre d'actions, qui restent déposées pour la sûreté de leur gestion. On ne saurait être trop sévère à cet égard; la plupart des sociétés en commandite, qui ont péri, n'ont succombé que par la témérité de leurs gérans.

414. Cette grande ligne de démarcation entre les commanditaires et les commandités est presque toujours tracée avec netteté dans les actes de société.

Quelquefois cependant la prudence des rédacteurs s'est trouvée en défaut, ou bien l'astuce a laissé dans les statuts une ambiguité calculée.

La plus grave question qui puisse naître à ce sujet est celle-ci :

Lorsqu'un contrat de société commerciale, qui s'annonce au public par la raison sociale *N. et compagnie*, ne stipule pas clairement que les bailleurs de fonds ne seront tenus que jusqu'à concurrence de leur mise, la

---

(1) *Infrà*, n° 451 : importance des gérans.
(2) Art. 24 Code de commerce.

société est-elle présumée collective plutôt qu'en commandite ?

Probablement, toutes les fois que les associés se seront conformés aux dispositions du Code de commerce sur la publication des sociétés, cette difficulté se présentera rarement. Ces dispositions commandent la précision, et en les exécutant on est pour ainsi dire forcé d'être clair et explicite. Mais quand la société aura vécu sans obéir à la loi de la publicité, la question posée pourra surgir sous l'empire du Code de commerce tout comme elle le faisait auparavant ; elle pourra diviser les associés entre eux, ou bien les associés et les tiers.

Or, voici comment il faut la résoudre :

La commandite est une position restrictive du droit commun ; elle doit s'appuyer sur des clauses précises, évidentes. Telle est la doctrine que M. Merlin soutint dans l'affaire Vancaneghem et Moke (1) : « Si l'on veut » ne former, sans le dire littéralement, qu'une société » en commandite, il faut placer dans l'acte la clause » expresse que le bailleur de fonds ne pourra rien per» dre au delà de sa mise. »

Savary avait déjà conseillé cette précaution aux marchands soigneux d'assurer leur position (2).

415. Il est cependant un cas où elle est inutile : c'est celui d'une société d'armement en course. Une telle société est réputée de plein droit société en commandite, d'après le décret du 2 prairial an XI, et les obligations des associés sont limitées à leur mise, lors même qu'ils auraient été chargés de l'armement et de l'administration.

416. Mais revenons aux autres sociétés en commandite, et insistons sur l'idée de M. Merlin et de Savary.

---

(1) Répert., *Société*, p. 676 et 677.
(2) Part. 2, liv. 1, ch. 1.

Pour en atténuer la force, ne pourrait-on pas dire que lorsque le bailleur de fonds est resté inconnu et que toute l'administration est confiée à un autre qu'à lui, ce concours de circonstances est suffisant pour faire déclarer le contrat société en commandite? Car le propre de la commandite, c'est que le bailleur de fonds n'administre pas et que son nom (sinon sa mise) puisse rester inconnu.

Dans l'espèce sur laquelle M. Merlin raisonnait, la Cour de Douai s'était attachée à ces points pour attribuer à Vancanaghem la simple qualité de commanditaire. Mais M. Merlin critiqua vivement sa décision; et s'il conclut au rejet du pourvoi, ce fut seulement à cause du pouvoir d'interprétation de la Cour royale. La Cour de cassation rejeta par cet unique motif, et son illustre procureur général assure qu'au fond la doctrine de la Cour de Douai trouva parmi les magistrats une réprobation unanime.

Toutefois, d'après M. Frémery, la jurisprudence des tribunaux italiens prêterait un appui solide à la décision de la Cour de Douai (1). A Gênes, suivant cet auteur, l'associé n'aurait dû avoir aucune inquiétude, et c'est en vain qu'on aurait argumenté contre lui du silence de son contrat; sa responsabilité n'aurait pas dépassé sa mise. Cette opinion de M. Frémery n'est que la conséquence de sa manière d'interpréter la formule *N. et compagnie*. Comme j'ai rétabli ci-dessus le véritable état de la jurisprudence italienne, je crois inutile d'y revenir ici. Il me suffira de dire que ni le statut de Gênes ni aucune décision de la rote ne s'occupent du cas d'une société en commandite sous la raison *N. et compagnie;* que toutes les autorités dont se prévaut M. Frémery

---

(1) P. 43.

portent sur l'hypothèse où tous les actes sociaux se sont faits sous le nom spécial et privé d'un ou plusieurs gérans, sous une raison qui n'indiquait pas aux tiers des associés autres que ceux dont le nom était déclaré.

Au surplus, M. Merlin rapporte dans ses conclusions (1) un arrêt du parlement de Bretagne, du 28 août 1741 (2), qui, dans l'espèce d'une société formée sous la raison *N. et compagnie,* décida que l'associé non désigné, qui n'avait pas pris la précaution de restreindre sa responsabilité à sa mise, était tenu solidairement, encore bien qu'il n'eût pas administré et que les tiers ne l'eussent pas personnellement connu. Cet arrêt est ponctuel, il constitue un grave précédent.

M. Merlin en a justifié le bien jugé par les considérations suivantes, qui *pulvérisent* (je me sers de son énergique expression) le système de ceux qui voulaient que l'interprétation du contrat tournât à la commandite.

Que disaient-ils de plus spécieux?

D'abord, que l'associé n'est que commanditaire, parce qu'il n'est pas gérant et qu'il n'a pas géré? Mais, dans les sociétés en nom collectif, la gestion peut être confiée à un ou plusieurs des associés, à l'exclusion des autres (3). C'est même ce qui arrive tous les jours (4)!!! L'abstension de gestion n'est donc pas caractéristique de la commandite.

On ajoute que la société doit être présumée en commandite, par la raison que le nom de l'associé n'a pas figuré dans les opérations sociales et qu'il n'a pas été connu du public.

---

(1) P. 677.
(2) Duparc-Poulain, t. 3, ch. 170.
(3) Répert., *Société*, p. 672, col. *in fine.*
Pothier, n° 50.
(4) Decis. rot. Genu. 39.

Mais la réponse est facile ; car il est évident qu'il n'y a pas d'associé ordinaire non gérant qui ne puisse dire que les tiers ne l'ont pas connu, qu'ils n'ont suivi que la foi du gérant et non la sienne; et dès lors les sociétés ordinaires, qui sont le droit commun, seraient toutes transformées en sociétés en commandite, qui sont l'exception (1).

417. Et là-dessus je cite, avec M. Merlin, un arrêt de la Cour de cassation, confirmatif d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 floréal an IX, rendu dans l'espèce suivante :

Divers individus s'étaient associés pour la fourniture de la viande à l'Hôtel-Dieu de Paris ; un seul d'entre eux, le sieur Jean Bart, avait la signature sociale *Jean Bart et compagnie*, et lui seul avait en effet signé les obligations souscrites par la société. — Comme l'acte de société n'avait été enregistré qu'après la dissolution de la société, il n'était pas un seul des créanciers qui eût pu connaître le nom et le crédit des co-associés de Jean Bart ; aussi ces associés prétendaient-ils, sous ce prétexte, que les porteurs de ces effets n'avaient pas d'action contre eux : mais ce système échoua. La signature sociale *Jean Bart et compagnie* sembla suffisante pour avoir donné au public la confiance que Jean Bart avait pour co-obligés solidaires les inconnus qui avaient formé société avec lui. — C'était le cas de dire avec Straccha : « Tria considerantur, an sint, qui sint, et quot sint. Et » scire primum sufficit ad hoc ut obligantur; quia sub » illo nomine, *Petrus et socii*, *virtualiter alii continentur*. »

Tout ceci s'applique avec bien plus de force encore sous le Code de commerce. Quand la maison *N. et compagnie* n'a pas fait publier son acte de société, en man-

---

(1) M. Merlin, *loc. cit.*, p. 672, col. 2.

quant aux sages prescriptions de la loi, elle n'a pu faire sa condition meilleure.

418. Au surplus, nous n'entendons prescrire aucune formule sacramentelle pour caractériser la commandite. Les équipollens ont, dans cette matière, une puissance égale aux expressions habituelles les plus énergiques. Nous pensons même, bien que la dissimulation ne soit pas à nos yeux un titre de faveur, que le bailleur de fonds, qui aurait caché une commandite sous le voile trompeur d'un prêt, aurait suffisamment montré par-là qu'il n'entendait pas s'engager au delà de sa mise : et c'est ce que la Cour royale de Paris a jugé dans l'espèce que j'ai rappelée ci-dessus, numéro 49 (1).

419. Maintenant un autre point de vue doit nous préoccuper. Nous supposerons que le contrat de société est clair et précis, en ce sens qu'il a voulu organiser une commandite.

Mais il ne faudrait pas que l'un de ceux qui ont fourni leurs fonds s'imaginât qu'il peut être tout à la fois commanditaire et désigné en nom dans la raison sociale. (Art. 25 du Code de commerce.) Il y a incompatibilité radicale entre la position de commanditaire et celle d'associé figurant en nom dans la raison sociale. Celui qui livre son nom à la confiance du public, en le laissant insérer dans la raison sociale, est associé pur et simple, et aucune clause du contrat de société ne pourrait le retenir parmi les commanditaires.

420. Bien plus, tous les avantages que le bailleur de fonds s'est réservés dans le contrat, en se cantonnant dans la commandite, il les perd s'il a l'imprudence de sortir de sa position pour administrer. La loi lui défend de faire aucun acte de gestion, ni d'être em-

---

(1) *Junge* MM. Malpeyre et Jourdain, n° 222.

ployé pour les affaires de la société, même en vertu de simple procuration (1), sinon il devient obligé solidaire et est réputé associé en nom collectif : tous les engagemens de la société réfléchissent sur lui (2).

On comprend l'esprit de cette disposition. Pourquoi le commanditaire jouit-il de la faveur de n'être tenu que jusqu'à concurrence de sa mise? C'est parce qu'il n'a pas mis sa personne dans la société; c'est parce qu'il n'y a mis que ses fonds, s'en rapportant en général, pour les faire valoir, à l'exercice du gérant. Que si le commanditaire franchit la limite qu'il s'est donnée, s'il entre dans l'administration des affaires de la société pour lui prêter le concours de son action industrielle, il est clair que sa condition doit forcément changer. L'acte d'administration ou d'industrie engage la personne; il la met en relief par rapport aux tiers; il l'offre à ces derniers comme source de crédit, comme cause de confiance. Or, l'engagement qui astreint la personne est indéfini; il dépasse les bornes de la mise, et dans les matières de commerce il entraîne solidarité. Telle est, à cet égard, la pensée du Code de commerce. Il ne veut plus de cette commandite républicaine dont je parlais plus haut avec Savary (3) et dans laquelle chacun travaillait séparément pour l'intérêt commun (4).

421. Et cette responsabilité ne se renferme pas dans le cas unique où le commanditaire s'est immiscé spontanément dans la gestion, pour sauver ou faire prospérer sa mise; elle l'atteint alors même qu'il est employé pour

---

(1) Art. 27 Code de commerce.
(2) Art. 28.
(3) *Suprà*, n° 392.
(4) V. *infrà*, n° 451 : je la compare à une monarchie tempérée.

les affaires de la société comme simple mandataire du gérant.

422. Tel est l'aperçu général des art. 27 et 28 du Code de commerce; il faut maintenant justifier ces articles et en donner une plus profonde interprétation.

Et d'abord, je dois dire que, lors de l'élaboration du Code de commerce, l'idée des art. 27 et 28, appuyée par quelques tribunaux, acceptée silencieusement par d'autres, fut vivement combattue par plusieurs tribunaux d'appel et de commerce, placés au foyer d'une grande activité commerciale. Le texte de la rédaction primitive arrêtée au conseil d'État portait: « L'associé » commanditaire ne peut *concourir* comme gérant aux » *achats, ventes*, *obligations* et engagemens concernant la » société. » Tandis que le tribunal de cassation et les magistrats civils et consulaires de Bruxelles proposaient d'étendre le cercle de cette prohibition, les tribunaux d'appel de Douai et Orléans, les tribunaux de commerce de Clermont-Ferrand, Genève, le Havre, Lyon, Marseille, Strasbourg et Toulouse, élevaient de vives plaintes sur le danger de déroger aux usages séculaires qui permettaient aux commanditaires d'agir, non comme associés, mais comme fondés de pouvoir du gérant, et de le remplacer, avec son consentement, en cas d'absence et de maladie. Ils firent sentir, en outre, la nécessité de maintenir les commanditaires dans le droit d'exercer sur la gestion une surveillance profitable à l'intérêt social et à l'intérêt des créanciers; ils signalèrent les craintes qui éloigneraient les capitaux de la commandite, si l'on érigeait en loi une disposition tellement soupçonneuse et inquisitoriale, qu'elle rendrait suspecte l'entrée des bureaux et des magasins de la société par le commanditaire.

Ces observations avaient de la gravité; elles soulevaient

deux questions (1). Fallait-il permettre au commanditaire d'agir en vertu d'une procuration du gérant?

---

(1) L'importance de la matière m'engage à donner tout au long les observations, pour et contre, des tribunaux.

Tribunal de cassation (1) :

« Il ne peut assister aux assemblées de la société ni prendre part aux délibérations. »

Tribunal d'appel de Bruxelles (2) :

« On a vu quelquefois de simples associés commanditaires abuser de la réputation que leur donnait leur grande fortune, *pour exciter le crédit* en faveur de la société, sans cependant gérer ouvertement. Ne pourrait-on pas, pour éviter cet abus, ajouter à la prohibition : « Ni même rien faire qui tende à augmenter le cré» dit de la société, soit par lettres, soit par tous autres actes. »

C'est aussi ce que proposait le tribunal et conseil de commerce de Bruxelles (3).

Tribunal d'appel de Douai :

« La peine de la contravention (article 18) est que le commanditaire devient obligé solidairement pour toutes les dettes de la société. Cette double disposition est tellement étendue (celle de l'article 17 et celle de l'article 18), qu'elle empêche le commanditaire d'accepter, *de la société*, ou *d'un ou plusieurs associés*, non-seulement un mandat général, mais même le mandat le plus spécial et le plus limité. Or, on ne voit aucune raison, aucune sorte d'intérêt, qui puisse motiver cette prohibition. Il serait peut-être mieux de réduire l'article aux termes suivans :

« L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant en son nom..... ou ne peut, sans un mandat, concourir aux achats (4). »

(1) Observations sur le Code de commerce, t. 1, p. 3.
(2) *Ibid.*, t. 1, p. 119.
(3) T. 2, 1re partie, p. 232.
(4) T. 1, p. 186.

Fallait-il aussi le priver de tout concours, comme associé, aux opérations sociales, et le rendre en quelque

---

Tribunal d'appel d'Orléans (1) :

« Quel est le motif de cette prohibition (gérer comme *associé*, gérer comme *mandataire*) et de la peine qui y est attachée, si le commanditaire ne gère pas comme associé, mais comme simple mandataire? Pourquoi, par exemple, un ancien commis ne pourrait-il pas placer ses fonds d'épargnes en commandite dans la société et continuer de gérer pour elle, sans devenir associé ordinaire et, comme tel, co-obligé à toutes les dettes de la société?

» Sans doute, les rédacteurs ont supposé que le *commanditaire agissait comme associé gérant.* Mais le mot gérant seul ne présente pas cette idée ; on peut dire même qu'en droit il en présente une toute contraire. Le *negotiorum gestor* est celui qui, sans mandat, par pure bienveillance, gère les affaires d'un tiers. »

Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand (2) :

« De l'exécution rigoureuse de ces articles il en résulterait la méfiance des riches capitalistes à l'égard des jeunes gens qui n'ont apporté à la communauté que leur activité et leur industrie. »

Tribunal de commerce de Genève (3) :

« Quel est le but de ces deux articles (17 et 18)? Celui de préserver tout individu à faire une confiance de l'erreur dans laquelle il pourrait tomber au sujet de son vrai débiteur, si celui avec qui il traite, le croyant associé, ne se trouve que simple commanditaire. Cette intention, bienfaisante au premier coup d'œil, entraîne néanmoins des conséquences très-faciles, en ce qu'elle priverait les associés gérans des secours les plus naturels et les plus à leur portée. En cas de maladie, voyages et autres circonstances extraordinaires, par quelles personnes pourront-ils se faire aider ou remplacer avec plus de confiance que par leurs

(1) *Loc. cit.*, t. 1, p. 219.
(2) T. 2, 1re partie, p. 315.
(3) T. 2, 1re partie, p. 398.

sorte étranger aux affaires de la société, ainsi que le demandait le tribunal de cassation.

---

associés en commandite? N'ont-ils pas tous un même intérêt au succès de la chose? Ne sont-ils pas censés avoir déjà une connaissance particulière de la nature des affaires? Les commanditaires ne sont-ils pas le plus souvent d'anciens chefs de maison, qui facilitent de cette manière l'établissement de leurs successeurs?

» Si l'on estime que les sociétés en commandite sont *avantageuses à l'extension qu'une grande nation doit donner à son commerce*, il ne faut pas mettre d'entraves à ce genre d'association? *Quel commanditaire osera entrer dans le bureau ou dans les magasins de la société, l'article 18 étant en vigueur? Il craindrait d'y proférer un mot, une parole, qui pût donner lieu contre lui à une action en garantie, comme solidaire pour toutes les dettes de la société.*

» Le simple facteur qui agit par procuration peut induire dans la même erreur que le commanditaire. Cependant on n'a pas interdit aux négocians la faculté de s'en servir.

» Par toutes ces considérations, on demande *formellement* la suppression des articles 17 et 18. Cependant, s'ils doivent subsister, on désire que l'article 17 soit modifié, en le terminant par ces mots : *à moins d'un pouvoir spécial.* Il en résulterait que l'associé gérant ne serait pas entièrement privé des secours qu'il peut tirer de son associé commanditaire, mais que celui-ci *ne pourrait agir qu'en vertu d'une procuration.* »

Tribunal du Havre (1) :

« Qu'une maladie, une absence nécessaire de l'associé commandité, oblige le commanditaire à surveiller momentanément les intérêts sociaux, perdra-t-il par cela seul les avantages attachés à sa qualité? »

Tribunal de commerce de Lyon (2) :

« Les articles 17 et 18 sont à supprimer. »

(1) T. 2, 1re partie, p. 446.
(2) T. 2, 1re partie, p. 530.

Sur le premier point, les observations critiques furent écartées; elles firent même naître la pensée de

---

Tribunal de commerce de Marseille (1) :

« Il n'est pas exact de dire que l'associé commanditaire ne peut concourir *comme gérant* aux affaires de la société, puisqu'il pourrait gérer *s'il avait une procuration des associés dénommés.* »

Tribunal de commerce de Strasbourg (2) :

« Il serait à désirer, à l'égard de la société commanditaire, que la gestion dans les achats ou ventes pour la société, qui lui est interdite par cet article, fût mieux expliquée ; car on ne croit pas que le commanditaire puisse être regardé comme gérant, lorsque, dans une place tierce, c'est-à-dire, autre que celle de sa résidence ou du lieu où sa maison de commerce est établie, il agit par ordre ou commission de cette même maison. »

Tribunal de commerce de Toulouse (3) :

« La société en commandite, en dispensant par exprès les commanditaires de tout travail, *leur donne néanmoins l'inspection sur les opérations de commerce.* — Le négociant, cédant son fonds sous le titre d'associé commanditaire, accorde sa présence pour soutenir et conserver son ancienne achalandise ; il promet ses soins dans les cas d'absence ou de maladie des associés.

» Ces stipulations sont avantageuses autant à l'intérêt social qu'à celui des créanciers. Les associés qui voudraient s'affranchir des effets de cette surveillance, ou de toutes autres conditions, ne pourraient agir que par des motifs de dol ou d'ingratitude. Il pourrait même arriver qu'après qu'ils auraient diverti les fonds sociaux, ils parviendraient, sous de vains prétextes, à se procurer dans le magasin la présence des commanditaires, afin de les rendre, par cela seul, responsables de leur inconduite.

» Changer la *forme usitée des sociétés commanditaires*, ce serait les anéantir et porter par-là un préjudice notable au commerce.

» Nous serions donc d'avis que les articles 17 et 18 soient supprimés (4). »

(1) T. 2, 2e partie, p. 24.
(2) *Ibid.*, p. 517.
(3) *Ibid.*, p. 535.
(4) V. aussi la brochure de M. Wolowski sur *les sociétés par actions.*

rendre le texte plus clairement prohibitif qu'il ne l'était d'abord, en déclarant en termes exprès que l'associé commanditaire serait exclu de la gestion, non pas seulement comme associé, mais même comme mandataire du gérant.

M. Frémery a blâmé cette solution. Il aurait voulu que le législateur se montrât plus scrupuleux observateur des usages du commerce. S'écarter, comme il l'a fait, de l'ancienne et éternelle règle qui ne rend un associé responsable, qu'autant qu'il a agi en son propre nom et a ainsi appelé la confiance des créanciers ; faire réfléchir sur lui des actes qu'il a faits sous le nom d'autrui, c'est, suivant cet auteur, faire violence à la raison et consacrer une injustice.

Ces réflexions ont assurément un côté spécieux ; mais si l'on se reporte aux circonstances au milieu desquelles le législateur se trouvait placé, on ne tarde pas à l'absoudre. Pendant la révolution, on avait vu d'énormes abus résulter du cumul de la qualité de commanditaire et de la qualité de gérant (1). Des commanditaires, s'immisçant dans l'administration sous le voile d'un mandat ou d'un louage d'ouvrages, mettaient à la gérance un homme de paille, un valet (2), et renversaient par-là toutes les combinaisons de la commandite. Mandataires pour la forme, mais mandans quant au fonds, ils offraient au public ce plastron servile, tandis qu'eux, commanditaires, garantis par leur procuration d'emprunt, ils étaient les maîtres de l'affaire et les directeurs les plus actifs de l'opération. Amoindris en apparence derrière un mandat trompeur, ils avaient en réalité la haute main sur la gestion ; ils en réglaient l'ensemble et les

---

(1) Analyse raisonnée des observations des tribunaux, p. 22.

(2) *Ibid.* V. aussi M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Société*, p. 564, col. 1.

détails ; ils mettaient leur industrie personnelle au service de leur capitaux. Puis, si arrivait un désastre, leur mandat leur servant de manteau, ils se retiraient, jetant leurs mises pour pâture aux créanciers, et les laissaient se débattre avec un éditeur responsable sans responsabilité réelle.

Ces tromperies étaient à l'ordre du jour à une époque qui souleva tant de réclamations contre son esprit de corruption et d'agiotage. Le législateur devait y mettre bon ordre. C'est pourquoi il ne s'est pas astreint ici au rôle secondaire d'enregistrer un usage ; il s'est élevé à des préoccupations plus hautes, il a voulu donner à la commandite une organisation sincère ; il y est parvenu.

Je sais qu'aujourd'hui ce n'est pas de ce côté que des dangers sérieux surgissent. En fait, et par suite d'une nonchalance fâcheuse, les commanditaires sont plutôt opprimés qu'oppresseurs. Mais levez la prohibition des articles 27 et 28 du Code de commerce, et vous ne tarderez pas à voir renaître les abus du temps de la révolution. Quelques tentatives, facilement réprimées par les tribunaux (1), sont un symptôme de ce qui arriverait, si la loi se départait de ses prohibitions.

Pour moi, je crois qu'il est bon que tout mandat pour gérer, donné au commanditaire, soit de plein droit réputé frauduleux. C'est le vrai moyen de renfermer les commanditaires dans leur rôle, et de les forcer à ne choisir que des gérans habiles et offrant des garanties d'expérience et de probité.

423. Venons au second point, c'est-à-dire, au droit de surveillance des commanditaires, à leur concours dans les opérations sociales, réclamé, pour une certaine

---

(1) *Infrà*, n° 428.

part, par plusieurs tribunaux. On a vu que ce concours était entièrement proscrit par le projet primitif; on se rappelle même que le tribunal de cassation allait jusqu'à vouloir que le commanditaire fût exclu des assemblées et délibérations de la société!! mais il y a de quoi s'étonner de cette réclamation de magistrats éclairés en faveur d'une prohibition si contraire aux précédens, aux intérêts du commerce et des tiers, à la raison. — Le tribunal de commerce de Toulouse parlait un langage bien plus sensé, lorsqu'il représentait cette surveillance des commanditaires comme le frein d'un gérant hasardeux, comme une garantie de bonne gestion et de conservation des fonds sociaux.

Toutefois, le projet primitif l'aurait emporté sur ces sages réflexions, si le Tribunat ne fût intervenu pour amener le conseil d'État à une modification. Il fit observer, en effet « qu'un des droits du commanditaire est » de participer aux *délibérations générales de la société,* » et ces délibérations ont souvent pour but d'en *approu-* » *ver les opérations, ou* D'EN AUTORISER *les engagemens*, en » sorte que, sous ce rapport, le commanditaire Y CON- » COURT ET DOIT Y CONCOURIR, au moins par son consen- » tement. »

Ces observations (je copie M. Locré) furent adoptées par le conseil d'État, et *l'on y conforma la rédaction* (1).

Ainsi, la loi n'a pas voulu que les commanditaires restassent désarmés; ils n'administreront pas, sans doute; mais ils tiendront en bride l'administrateur. Ils n'auront pas l'action, mais ils pourront avoir le conseil; tout le monde y gagnera, quand cette séparation des pouvoirs sera sincèrement organisée (2).

(1) T. 1, p. 147.

(2) *Infrà,* n° 428, l'exemple d'une usurpation de l'administration sous le nom de conseil.

On a cependant reproché au Tribunat d'avoir vicié par-là les conditions natives de la commandite (1). On se trompe. Que l'on remonte, si l'on veut, à la commandite la plus reculée, on y verra toujours les bailleurs de fonds en possession de surveiller le gérant (2), ou de donner leur avis sur certains actes extraordinaires et imprévus (3).

424. Il faut maintenant entrer dans l'intelligence pratique des articles 27 et 28 du Code de commerce. Des idées très-fausses en ont quelquefois altéré la portée ; il en est résulté pour les commanditaires, tantôt des tracasseries, tantôt des inquiétudes. La prospérité des sociétés en commandite en a souffert. Nous allons chercher à rétablir les vrais principes.

Dégageons-nous d'abord d'un préjugé répandu par l'irréflexion, et qui consiste à représenter le législateur comme préoccupé, à l'époque de la confection du Code de commerce, d'intérêts trop restreints pour que ses dispositions soient à la hauteur des besoins actuels (4). De telles préventions nuisent à la saine intelligence de la loi ; car il faut commencer par la bien juger pour la bien comprendre. Un estimable auteur a cru, par exemple, que le législateur n'avait eu sous les yeux que des sociétés composées *de trois ou quatre personnes* (!!!), où la surveillance des commanditaires s'exerçait dans *l'intimité,* sans laisser de traces, sans *se manifester aux yeux des tiers*, et que la loi, faite en vue de cet état de choses, n'est plus en harmonie avec la position nouvelle (5). Pour rame-

---

(1) M. Vincens ; *Des sociétés par actions*, p. 23, 24.
(2) Deluca, cité *infrà*, n° 428.
(3) *Infrà*, n°s 776 et 780, où je cite Straccha. (Décis. 14, n° 93.)
(4) Voyez la réponse à cette erreur dans la préface.
(5) M. Duvergier (dissertation imprimée dans la *Revue étrangère*

ner à la vérité cette peinture imaginaire, je ne tracerai pas le tableau des sociétés antérieures au Code de commerce : certes, ce serait merveille si parmi tant de sociétés par actions, formées avant le Code de commerce, pour voyages de long cours (1) et pour l'armement des corsaires (2), pour les grandes manufactures (3), pour les entreprises lointaines (4), pour les assurances (5), etc., on ne trouvait pas un certain nombre d'associations organisées sur de plus larges dimensions que trois ou quatre commanditaires. Mais je demanderai comment on a pu se méprendre à ce point sur la physionomie des faits que le législateur entendait règlementer, lorsqu'il est notoire que l'attention de tous ceux qui participèrent à la confection de la loi s'est portée précisément sur les *assemblées de la société*, les uns pour en exclure les commanditaires, les autres pour les y faire entrer; lorsque surtout, l'on voit le Tribunat obtenant du conseil d'État l'admission des commanditaires aux *assemblées générales* (notez ces mots) et aux délibérations!! Ces comités secrets de trois ou quatre personnes, délibérant à huis clos et dans une amicale intimité, ne sont donc pas l'état de choses que le législateur a cru suffisant aux besoins de la commandite. Le cas de grandes assemblées, déli-

---

de M. Fœlix, 3e série, t. 1, p. 425, 427.) Cette dissertation, utile du reste à consulter, malgré quelques critiques que je lui adresse, comprend deux articles, dont le second est inséré même tome, p. 371.

(1) Analyse raisonnée (t. 2, 2e partie, p. 19).

(2) Observations du tribunal de commerce de Saint-Brieuc, t. 2, 2e partie, p. 442.

(3) *Ibid., suprà*, n° 396.

(4) Même tribunal.

(5) *Suprà*, n° 397. On a vu que celle de Paris, formée sous Louis XIV, avait soixante-quinze actions. Il faut, au surplus, consulter sur tout cela la préface de cet ouvrage.

bérant hautement et avec autorité, a été prévu, et l'on a voulu, autant qu'on peut le vouloir aujourd'hui, que ces assemblées eussent une manifestation publique et une action efficace.

Ceci posé, voyons de plus près et l'étendue de la prohibition et la limite où elle expire. Deux points sont traités par l'article 28 : 1° défense de faire, à titre d'associés, des actes de gestion; 2° défense d'être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.

Qu'est-ce d'abord que faire un acte de gestion?

Pour résoudre cette question, il serait superflu de rechercher, à l'aide des lexiques, le sens plus ou moins large que ce mot peut avoir dans certains cas. Ici, une autorité, en quelque sorte législative, en a donné le sens. Un avis du conseil d'État, du 29 avril 1809, approuvé par Napoléon (1), a décidé que faire un acte de gestion, c'est exercer les fonctions d'un gérant de société (2). Gérer est donc, dans notre hypothèse, administrer, et cette signification restreinte a toujours été reçue en droit (1); elle n'a rien de nouveau ni d'exorbitant.

Or, l'administrateur d'une affaire est celui à qui le rôle actif a été départi; c'est celui qui agit au dehors, qui traite avec les tiers, qui sert de canal et d'instrument à tous les faits nécessaires pour arriver au résultat poursuivi. Si par hasard un conseil est placé auprès de cet administrateur, ce conseil ne gère pas, il n'administre

---

(1) Sirey, 9, 3, 381.

(2) Est d'avis que les art. 27 et 28 ne sont applicables qu'*aux actes* que *les associés* commanditaires feraient *en représentant comme gérans la maison commanditée.*

(3) *Gerere etiam administrare significat*, dit Brillon, *De verb. signif.*, v° *Gerere*, et il cite les textes.

pas. Par exemple, on n'a jamais eu l'idée de regarder comme administrateurs de la tutelle les membres du conseil de famille placé à côté du tuteur; c'est le tuteur qui, seul, a l'administration, et avec elle une responsabilité personnelle. Si le conseil de famille a la délibération, c'est le tuteur qui a l'action et qui représente le mineur.

Cette distinction entre l'action et la délibération a été introduite (on le sait) dans l'article 27 du Code de commerce, par l'intervention du Tribunat : elle est capitale. Le commanditaire ne pourra pas vendre, acheter, engager la société : il administrerait!!! Mais il pourra autoriser, si cela est nécessaire, les achats, les ventes, les engagemens (1). En ce sens, il aura droit d'y concourir, sans pour cela qu'il gère, administre et s'engage personnellement. La suppression du mot *concourir* dans le projet d'article démontre jusqu'à l'évidence que son concours, pour approuver et autoriser les engagemens, n'est nullement une violation de la défense d'administrer.

On a prétendu que « lorsque la délibération confère » au gérant une capacité dont il avait besoin, et sans » laquelle la société n'eût pas été liée, les commandi» taires sortent des limites dans lesquelles ils doivent se » renfermer (2) ». Ainsi, par exemple, un gérant a-t-il besoin d'une autorisation pour contracter un emprunt, constituer une hypothèque? Si les commanditaires ont été réunis en assemblée pour délibérer sur l'opportunité de ces actes et les autoriser, l'opinion à laquelle je fais allusion les condamne comme administrateurs!!! Elle

---

(1) Straccha le décide ainsi, du reste (décis. 14, n° 93), comme on le verra dans un instant.

(2) M. Duvergier, *Revue étrangère*, *loc. cit.*, p. 739.

ne tolère de délibérations que celles dont l'objet est de donner une consultation à un gérant qui, par excès de scrupule et pour prévenir les reproches en cas de revers, désire avoir un bill d'indemnité pour des actes que, du reste, il a le droit de faire seul (1). Et pourquoi cette différence entre les deux cas? C'est que dans le second la délibération est un acte d'intérieur, qui n'est pas destiné à être connu des tiers, qui ne peut influer sur eux, et qu'ils ne peuvent par conséquent rétorquer contre les commanditaires. C'est qu'au contraire, dans le premier, la délibération doit nécessairement être communiquée aux tiers avec lesquels l'engagement sera contracté : c'est que ce n'est pas la volonté du gérant qui forme le contrat, c'est plutôt celle des commanditaires, dont le gérant est le simple intermédiaire avec les tiers (2).

Je repousse cette limitation du droit des commanditaires; elle est contraire aux vrais principes de la matière, à la pratique de tous les temps, à toutes les idées reçues. Straccha l'a dit il y a long-temps : Tout gérant qui se trouve dans la nécessité de contracter des emprunts extraordinaires doit consulter ses commanditaires : telle est la règle de prudence et de raison (3).

---

(1) M. Duvergier, *loc. cit.*, p. 733.

(2) *Ibid.*, p. 739.

(3) « Æquitati maximè consonare videbatur Saulium (c'était le gérant) communicare prætesam indigentiam et successus negotiationis cum participibus. Potuissent enim participes cum minori interesse pecunias invenire... vel aliter *rebus suis consuluissent*... priùs ergò Saulius has vices perquirere et omnem lapidem movere debuit (décis. 14, n° 99). » On sait que chez les jurisconsultes italiens *particeps* et *commandans* sont à peu près synonymes. Dans cette espèce, il s'agissait de commanditaires qui s'étaient engagés à répondre à des appels de fonds, et qui, par conséquent, avaient un grand intérêt à en discuter la nécessité. Straccha ajoute que

Et puis, lorsque le législateur a levé la prohibition faite aux commanditaires par le projet de Code de commerce, de concourir par voie d'autorisation aux engagemens sociaux, il n'a pas établi de distinction entre les engagemens qui sont dans les pouvoirs du gérant et ceux qui les dépassent. Je dis plus : le Tribunat, en faisant observer que les commanditaires *doivent* concourir, au moins par leur consentement, à certains engagemens, a montré, par ces expressions, qu'il était surtout préoccupé des engagemens qui dépassent les pouvoirs ordinaires du gérant. C'est en effet pour ceux-là seuls que leur intervention est nécessaire; c'est seulement à ceux-là qu'ils *doivent* concourir : pour tous les autres, le concours des commanditaires n'est que facultatif.

Du système que je combats résultent d'ailleurs des conséquences bizarres et déraisonnables.

On veut, en effet, que le concours des commanditaires soit permis quand il n'est qu'une précaution, et qu'il soit défendu quand il est une nécessité!!!

On veut, de plus, que la marche des sociétés en commandite soit subitement arrêtée lorsque des besoins imprévus exigent des remèdes, que le gérant n'a pas seul le pouvoir d'appliquer!!! Quoi! le cas d'un emprunt hypothécaire défendu par des raisons de prudence au gérant, venant à se présenter, il faudra ou que la société se dissolve intempestivement, ou que les commanditaires se compromettent par une immixtion!!!

On ne serait pas tombé dans cette erreur si l'on s'était fait une idée plus juste du genre d'influence que l'autorisation exerce vis-à-vis des tiers. On a cru que, réduisant le gérant au rôle passif d'un intermédiaire, elle fait

---

quand même l'emprunt aurait été contracté sous la raison sociale (n° 94), les commanditaires n'en seraient tenus que pour la somme exposée par eux dans la société (n°s 110 et 111).

remonter à la volonté des commanditaires l'acte accompli ; de telle sorte qu'ils doivent en être tenus, à peu près comme l'est un mandant avec les tiers qui ont traité avec son mandataire. Mais il n'en est rien. Sans doute, le gérant tient des statuts un mandat qui a commencé avec la société et qui, dans l'état normal, ne finira qu'avec elle : il est le mandataire de la société. Mais quels sont les effets de son mandat ? D'obliger la personne des commanditaires ? Non ! le gérant n'engage, par ses actes, que la société qu'il représente, c'est-à-dire les associés en nom et les capitaux mis en commandite : la personne des commanditaires reste à l'écart, quoique le mandat procède *à priori* de leur fait. La raison en est que la création de la société a donné naissance à une tierce personne qui leur est en quelque sorte substituée, et sur laquelle se concentrent droits, obligations, propriété. Désormais, ceux qui ont créé la société ne peuvent être confondus avec elle.

Maintenant, qu'arrive-t-il ? Le pouvoir de ce gérant a besoin d'une extension accidentelle, et ceux qui l'avaient originairement constitué, ce pouvoir, consentent à le proroger pour un cas spécial ; ils donnent une autorisation *ad hoc*. Or, il est clair que cette augmentation du pouvoir ne porte que sur la capacité du gérant et qu'elle laisse intactes les autres conditions de son mandat, particulièrement celles qui concernent ses effets sur la responsabilité des commanditaires. Qu'a-t-on fait? On a ajouté quelque chose à l'aptitude déjà déléguée ; mais on n'en a pas étendu le contre-coup, et, sous tous les autres rapports, on est resté dans les termes primitifs. Donc, en donnant cette autorisation, les commanditaires ne se compromettent pas plus que s'ils l'eussent concédée d'une manière générale dans l'acte de société. Que le gérant tienne ses pouvoirs des statuts ou d'une concession additionnelle postérieure, que l'autorisation soit générale, qu'elle

soit spéciale ou temporaire, je n'aperçois là-dedans aucune différence importante. L'autorisation procède de la même source, des mêmes volontés. Elle n'est, je le répète, qu'un simple acte d'habilitation, qu'une prorogation de capacité pour un mandat préexistant et dans un milieu donné. Les tiers n'ont donc pu s'imaginer que ses effets aient plus d'étendue que ne leur en donne le pacte social. Ils se sont trompés s'ils ont cru que les commanditaires aient entendu déroger à l'essence même de leur association.

Je suppose que l'on vienne à demander si un conseil de famille, si un mari ont fait un acte d'administration en autorisant un tuteur ou une épouse à vendre et à hypothéquer ; la question ne paraîtrait pas sérieuse : car, qui a jamais pu voir un acte d'administration dans un acte d'habilitation ? Ici elle ne paraît pas aussi frivole, parce que les commanditaires ont dans l'affaire un intérêt pécuniaire, qui éblouit et donne à l'autorisation la fausse couleur d'un mandat pour vendre, hypothéquer, etc. Il ne faut pas se laisser prendre à cette apparence. Les commanditaires ne créent pas un mandataire, puisqu'il y en a déjà un en exercice : ils ne font qu'ajouter quelque chose à sa capacité. La société dans l'intérêt de laquelle ils règlent cette capacité est pour eux une tierce personne. Ce n'est pas pour eux personnellement que le gérant fera usage du pouvoir concédé ; c'est pour la société dont ils sont juridiquement distincts. La responsabilité de la société est donc la seule que les tiers aient pu espérer : et c'est ainsi que le Tribunat, et après lui le législateur, ont compris la position. En organisant auprès de la société le concours des commanditaires pour approuver ou autoriser les engagemens, la loi a clairement voulu que ces approbations et autorisations ne fussent pas imputées aux bailleurs de fonds comme des faits personnels de responsabilité. Sans

doute leurs capitaux en seront atteints ; mais il ne faudra pas aller au delà de cette limite ; on n'y trouverait qu'une immunité pareille à celle du conseil de famille qui a autorisé un tuteur à agir pour le pupille.

425. Passons maintenant en revue quelques actes de concours des commanditaires, et voyons si on peut les ranger dans la classe des actes de gestion.

Il y a des assemblées où les gérans rendent leurs comptes. Faut-il insister pour montrer que les commanditaires doivent y assister ? Écoutons Toubeau, qui cependant ne voulait pas que le commanditaire *fît aucun acte d'associé*. Il essaie d'engager les nobles à entrer dans les commandites, et voici ce qu'il leur dit : « Il y a bien » moins de dérogeance dans ces sociétés que de faire le » commerce de mer, qui leur est permis, et que beau- » coup font en France, aussi bien que les gentilshommes » d'Angleterre, de Gênes, de Venise, de Florence. Car » ils n'agissent en aucune manière dans ces sociétés, et » *n'ont que la peine d'entendre les comptes de la négociation ;* » ce qui n'est pas plus dérogeant que d'entendre ceux » des intendans de leurs maisons et de leurs receveurs » et fermiers (1). » Je crois que Toubeau fait une position trop pleine de quiétude à ces nobles italiens, qu'il endort dans les douceurs de la commandite. Les décisions de la rote de Gênes nous les dépeignent souvent réveillés par des appels de fonds, par des recours et des procès. Mais peu importe ce faux aperçu ; il ne faut prendre dans cette citation que ce qui concerne la reddition des comptes, et l'idée est vraie. Avant Toubeau, Savary l'avait déjà exprimée (2).

426. D'autres réunions ont pour but de modifier l'organisation primitive et de lui imposer des lois nouvelles.

(1) P. 105.
(2) T. 1, p. 357.

Souvent les statuts prévoient cette éventualité. Quelquefois aussi la nécessité d'une modification jaillit de circonstances imprévues. Il n'importe; les commanditaires ont le droit de prendre part aux délibérations; ils ne gèrent pas, ils n'administrent pas par ce concours à la constitution de la société. Il est vrai que Straccha disait, en parlant du commanditaire : « Administrationi formam dare non potest (1). » Mais que signifient ces paroles? Que dans le cours ordinaire des choses les commanditaires ne peuvent s'arroger le pouvoir exorbitant de faire flotter la constitution de la société au gré de leurs caprices. Mais elles ne signifient pas que l'acte de société n'a pas pu réserver des modifications; elles ne signifient pas que quand la société subit la loi d'une nécessité impérieuse, les associés ne pourront pas se réunir en conseil pour aviser à sa conservation. La première loi est de vivre.

Dans une société qualifiée en commandite, un sieur Jaures, commanditaire, avait stipulé que si l'on venait à vouloir changer le système des opérations, on réunirait tous les associés, et que lui, commanditaire, serait appelé à donner son avis; la Cour royale de Paris décida, avec raison, par arrêt du 25 juillet 1828, que ce n'était pas là un acte de gestion (2).

427. Il est un autre droit qui appartient au commanditaire et dont l'exercice ne pourrait être qualifié d'acte de gestion que par une fâcheuse confusion: c'est celui de surveiller la conduite du gérant. La jurisprudence l'a reconnu et consacré.

Un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 4 février

---

(1) *Decis. rot. Genuæ* 39, n° 10.
(2) D. 28, 2, 240.
S. 29, 2, 136.

1819 (1), a décidé qu'un commanditaire avait pu se réserver le droit de prendre part aux délibérations, d'inspecter les livres, les écritures, les ateliers et magasins de la société, de faire admettre dans l'établissement un commis de son choix, et cette décision est juridique. L'inspection des livres, des ateliers, des magasins, n'est qu'une mesure de précaution pour empêcher les fraudes du gérant. Elle est si peu un acte de gestion sociale, qu'on la voit souvent réservée dans des opérations qui n'ont rien de commun avec une société; c'est même une garantie, qui n'est nécessaire que pour celui-là précisément qui n'administre pas. Et quant à la nomination d'un commis par le commanditaire, c'est encore une affaire de surveillance intérieure, un simple état d'observation, qui ne donne aucune part active à l'administration et n'engage aucun rapport de confiance entre les tiers et les commandités; car il est de la prudence des commanditaires d'empêcher que le gérant ne se livre à des opérations interdites par les statuts; d'étudier la marche de sa gestion, de prévenir ses malversations, etc. Tous les auteurs s'accordent à leur reconnaître ce droit (2), et la nomination d'un commis surveillant n'en est que le corollaire.

428. Cette décision de la Cour de Colmar ne doit pas être confondue, du reste, avec un arrêt de la Cour de

---

(1) Dalloz, *Société*, p. 133.

(2) Deluca, *De regalib.*, disc. 91, n° 14 : « Habens participationem in emolumentis pedagii, potest deputare suum ministrum et factorem, ut videat quantum percipiatur, ad consulendum fraudibus, quæ alias sibi fieri possent. »

M. Pardessus, t. 4, n° 1031. M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Société*, p. 560, n° 3. MM. Malpeyre et Jourdain, n° 248.

Arrêt important de Bordeaux, 29 août 1838. S. 39, 2, 43.

Cassat., req., 13 décembre 1841. S. 42, 1, 142.

Paris, du 16 mai 1808 (1), qui enleva la qualité de commanditaire à des associés qui s'étaient réservé (outre l'inspection des livres) l'administration de la caisse, renforcée d'un droit de coopération tellement immédiat et constant, qu'aucune opération ne pouvait être faite par les gérans que de leur consentement. Il est clair que ces prétendus commanditaires étaient de vrais administrateurs, qui avaient voulu se réserver les profits de l'affaire, sans encourir une responsabilité entière (2).

C'est aussi ce qu'avaient fait les actionnaires du journal *Le Monde,* qui s'étaient constitués en conseil permanent pour contrôler l'administration du journal, surveiller les opérations, prendre connaissance des marchés conclus par le gérant, modifier le chiffre des frais de rédaction, concerter avec le gérant les moyens de faire prospérer l'entreprise, donner leur avis sur toutes les questions relatives à la spécialité du journal. Par arrêt du 26 mars 1840, la Cour royale de Paris décida très-bien que ce conseil s'était immiscé dans la gestion (3); c'était une confusion palpable de l'administration et du conseil, une couleur menteuse pour faire passer sous le nom de surveillance l'usurpation réelle de toute l'action. La loi n'autorise le concours des actionnaires, qu'autant qu'il se tient sincèrement renfermé dans les limites que nous tracions plus haut (4); mais si ce concours dégénère en une sorte de *convention* au petit pied, absorbant tous les pouvoirs dans sa main despotique, la commandite disparaît et le bénéfice de son organisation ne peut plus être invoqué.

---

(1) Dalloz, *Société,* p. 132, n° 3.
M. Malpeyre, n° 243.

(2) *Junge* arrêt de cassation du 16 germinal an 11. Dalloz, *Société*, p. 130, n° 2.

(3) Sirey, 4, 2, 250.

(4) N°s 422, 423, 424.

429. On a demandé si des commanditaires ne devaient pas perdre leur position, lorsque l'acte de société stipulait qu'ils seraient consultés sur toutes *les questions importantes*, et que leurs délibérations seraient obligatoires pour le gérant. MM. Malpeyre et Jourdain, qui posent cette question, pensent que ces associés ne seraient commanditaires que de nom ; car l'administration suprême leur appartiendrait; ils seraient un conseil dirigeant dont le gérant ne serait que l'instrument docile (1).

Je ferais d'abord observer que ce pacte serait bien vague, et je ne le conseillerais pas à des associés soigneux de prévenir les causes de collision. Qu'est-ce qu'une question importante dans cette matière ? telle affaire qui paraît sérieuse aux commanditaires ne peut-elle pas avoir moins de gravité aux yeux du gérant, qui voit l'ensemble de l'opération et en tient dans sa main la suite et les détails? Qui décidera donc si la question est importante ou si elle ne l'est pas? On voit qu'il y a déjà mille procès avant que le nôtre n'ait commencé.

Cependant supposons que, malgré son imprudence, cette clause ait été insérée ; j'avoue qu'elle ne m'effraie pas autant que MM. Malpeyre et Jourdain.

D'abord, on est bien forcé d'admettre, avec le Tribunat, que les commanditaires ont un droit de surveillance et de concours, qui leur permet de se prononcer sur des engagemens à contracter, ou d'approuver ou de blâmer des opérations déjà faites (2). Nos auteurs admettent, avec nous, que les commanditaires ne sont pas condamnés au rôle d'associés dormans; ils ne pensent pas plus que nous qu'un état entièrement passif soit de l'essence de la commandite. Ils permettent donc aux actionnaires

(1) N° 247.

(2) *Infrà*, n°s 686, 690. V. Straccha, rapporté plus bas, n° 686.

d'assister avec voix délibérative aux assemblées qui règlent les comptes, partagent les dividendes, fixent les réserves ; à celles qui ont pour but de modifier les statuts, de faire des appels de fonds (1), etc., etc. : or, ne sont-ce pas là les questions importantes pour la société?

Elles ne sont pas les seules. Un emprunt (2), une dation d'hypothèque (3), une transaction, un compromis (4), une innovation grave dans la propriété sociale, une construction, une démolition (5), tout cela est d'une haute importance pour la prospérité de la société ; tout cela nécessite le concours approbatif des commanditaires, tellement que, lors même que les statuts ne l'auraient pas réservé, il serait de droit (6) !!

Que si les commanditaires étaient appelés en conseil permanent pour s'occuper aussi d'autres actes journaliers et moins graves; si de la fréquence et de l'initiative de ces réunions, et de la nature des faits et détails quotidiens soumis à leurs délibérations, il résultait qu'il y a eu entreprise sur la gérance, j'accorde qu'on pourrait accuser les commanditaires d'immixtion. Mais ce n'est pas là le point soulevé par MM. Malpeyre et Jourdain ; c'est plutôt l'espèce de l'arrêt de Paris des 16 mai 1808 et 16 mars 1840, dont je parlais tout à l'heure. Mais quand l'on me demande si, lorsque surgissent, à certains intervalles, des questions importantes, vraiment importantes ; les commanditaires ont le droit d'être consultés sans abdiquer leur qualité, je réponds affirmativement, parce que c'est là un tout autre aspect. Il n'y a plus ici de con-

---

(1) N° 248.
(2) *Infrà*, n° 686.
(3) *Infrà*, n° 686.
(4) *Infrà*, n° 690.
(5) *Infrà*, n° 697.
(6) *Infrà*, nos 686, 690, 697.

seil permanent, ni d'initiative inquisitoriale, ni de déplacement de l'action; les commanditaires ne se réunissent que pour délibérer sur certaines affaires, et non pas sur toutes; ils répondent à des questions soumises à leurs délibérations par l'initiative du gérant; chacun reste dans son rôle et dans ses attributions.

MM. Malpeyre et Jourdain ne voudraient pas que les délibérations ainsi prises fussent obligatoires pour les gérans; ils pensent que les commanditaires ne doivent avoir, sur ces questions importantes, que voix consultative. Eh quoi! les commanditaires ne sont pas assez dédaignés par les gérans; ils ne sont pas réduits à un rôle assez étroit!! il faut encore les amoindrir jusqu'à la voix consultative, et ériger en axiome que le gérant pourra fouler leur avis aux pieds!! Non! quand le Tribunat voulait que les commanditaires *approuvassent* les opérations, *autorisassent* les engagemens, il entendait qu'entre eux et le gérant il y eût un lien de droit qui engageât la responsabilité de celui-ci, s'il sortait du vote de la majorité.

Il est vrai qu'à l'égard des tiers, le gérant peut à ses risques et périls se mettre en contradiction avec la délibération. Le gérant, qui représente la société au dehors, s'engage avec les tiers pour tous les actes de son administration; et les commanditaires ne seront pas fondés à reprocher aux tiers que le gérant s'est écarté de la délibération dans l'acte de son ministère qu'il a consommé avec eux (1). Mais, à l'égard de ses commanditaires, le gérant qui agit dans un sens opposé aux délibérations s'expose à des dommages et intérêts et à la destitution. Il est lié par la délibération.

430. Les gérans ayant donné leur démission, et la société étant dissoute, rien n'empêche les commandi-

---

(1) M. Pardessus, n° 1031.

taires de nommer des commissaires pour régler le compte de ces gérans et administrer provisoirement le fonds social. Ces commissaires ne font pas acte d'immixtion ; il n'y a plus de société ; il reste un état d'indivision et de simple communauté ; dès lors les commissaires ne se livrent pas à des actes de gestion sociale ; ils travaillent à la conservation de la chose simplement indivise (1).

De même, lorsque l'accord unanime des associés a dissous la société, la vente des immeubles et de l'actif social par les commanditaires ne peut être rétorquée contre eux comme acte d'immixtion ; car ce qu'ils font, c'est pour consommer la dissolution de la société et non pas pour administrer les affaires d'une société vivante.

Cette vérité ne serait pas contestable, alors même que la dissolution n'aurait pas été publiée dans les formes du Code de commerce. Le défaut de publication ne peut changer l'intention qui a présidé à la vente. Il ne saurait transformer en acte de gestion un acte fait pour dissoudre la société. C'est surtout à la volonté, à son caractère pur, à son but avéré qu'il faut s'arrêter avec sincérité, quand il s'agit d'infliger une responsabilité rigoureuse.

431. Souvent l'acte de société en commandite porte que, dans le cas où le gérant ne pourrait continuer ses fonctions, il présentera son successeur à l'agrément de la société en assemblée générale. Les sociétaires, en acceptant sa démission, en confirmant le successeur désigné, en lui conférant la gestion à la place du précédent gérant démissionnaire, ne font pas acte d'immixtion ; ils usent d'un droit que l'acte de société leur réservait et qui n'a rien d'incompatible avec la qualité de commanditaire (2). Les tiers, qui ont vu l'acte de so-

---

(1) Paris, 25 février 1829. (D. 29, 2, 167.)

(2) Argument d'un arrêt de Rennes, confirmé en cassation le 6 mai 1835. (S. 36, 2, 40. D. 35, 1, 337.)

ciété, ne peuvent rien trouver dans cette conduite qui indique une abdication du rôle de commanditaire.

432. L'acte de société pourrait également investir l'assemblée des commanditaires du droit de remplacer le gérant décédé ou devenu incapable (1). Il ne faut pas qu'un changement d'état dans la personne du gérant entrave la marche florissante de la société; et les statuts, loin de se mettre en contravention avec la loi, ont fait preuve de prudence en autorisant la société à se donner un représentant.

433. Mais cette décision ne devrait pas être étendue au cas bien différent où les commanditaires, au lieu d'attendre la retraite spontanée ou la mort du gérant, se seraient réservé, à leur gré, le droit de le destituer et de le remplacer (2); le gérant ne serait plus à leur égard qu'un mandataire révocable, qu'un agent dépendant et passif qui tirerait sa vie et son action des commanditaires et administrerait à leur place (3) : les conditions de la commandite seraient renversées, car les actionnaires seraient les vrais administrateurs. En principe, la destitution du gérant d'une commandite ne doit pas être subordonnée à l'arbitraire, au bon plaisir des commanditaires. Mais les cas de malversation ouvrent une contestation entre associés qui doit être jugée par le tribunal arbitral, ainsi que nous le verrons plus bas (4); et la constitution en commandite n'empêche pas les commanditaires d'agir contre le gérant prévaricateur pour prévenir la ruine de leur société.

---

(1) M. Horson, t. 1, p. 65.

(2) Comme dans l'hypothèse examinée *infrà*, n° 680.

(3) Arg. d'un jugement du tribunal de commerce de Paris. Sirey, 40, 2, 250, affaire du journal *Le Monde*.

(4) N°s 672 et suiv. *Junge* MM. Malpeyre et Jourdain, n°s 247, 248.

434. Nous venons de nous expliquer sur les actes auxquels le commanditaire peut concourir en vertu de sa qualité d'associé, et nous avons cherché à les séparer de ceux que la loi lui défend comme actes de gestion.

Passons au second point de vue de l'article 27 du Code de commerce ; occupons-nous de son intervention dans les affaires de la société à un autre titre que le titre d'associé, par exemple comme mandataire, comme prêtant son industrie à titre de louage d'ouvrages ou à tout autre titre.

Nous avons vu ci-dessus (1) comment le législateur a été amené à défendre au commanditaire tout emploi dans la gestion, même à titre de mandataire : il y a néanmoins des limites à garder dans cette prohibition. Essayons de les poser.

L'amendement proposé par le Tribunat, pour corriger le projet d'article, était ainsi formulé : « L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, *ni y être employé*, même en vertu de procuration (2). »

Ce langage n'avait peut-être pas toute l'euphonie désirable ; mais il était clair. Si le conseil d'État l'eût fait passer textuellement dans le Code de commerce, on n'eût pas éprouvé des difficultés qui plus tard sont survenues. Tout le monde aurait compris que ce que le législateur avait défendu au commanditaire, c'était une participation à la gestion à un titre quelconque.

Mais, par amour pour une rédaction plus élégante, le conseil d'État crut devoir substituer à ces expressions dures à l'oreille, *ni y être employé*, celles-ci : *ni être employé pour les affaires de la société*. Nulle pensée, du reste, de modifier en quoi que ce soit l'idée du Tribunat : ce n'était qu'un simple changement de rédaction.

(1) N° 422.
(2) Locré, t. 17, p. 308.

Cependant, la pratique de l'article 27 ne tarda pas à faire comprendre que le nouveau texte était de nature à se prêter à un sens plus étendu que l'autre; et, par exemple, on se demanda avec inquiétude si un commanditaire serait taxé d'immixtion lorsque, négociant lui-même, il ferait habituellement avec la société des opérations de commerce? Une société en commandite a besoin d'un commissionnaire, d'un banquier, etc., et elle emploie pour cela les secours d'un de ses commanditaires qui est aussi commissionnaire, banquier. Ces rapports de négoce constitueront-ils une immixtion? La subtilité des tiers ne pourra-t-elle pas fouiller dans le texte de l'article 27 pour inquiéter le commanditaire et lui prouver, la grammaire à la main, qu'il est *employé pour les affaires de la société?* Avec le projet d'article du Tribunat, cette difficulté n'eût jamais préoccupé les esprits: mais elle parut sérieuse en présence de l'art. 27 judaïquement appliqué. Le conseil d'État crut devoir intervenir pour rassurer le commerce, et par un avis du 29 août 1809, approuvé par l'empereur, il fut décidé que les articles 27 et 28 « ne sont applicables qu'aux » actes que les associés commanditaires feraient, *en re-» présentant comme gérant la maison commanditée, même » par procuration;* et qu'ils ne s'appliquent pas aux tran-» sactions commerciales que la maison commanditée » peut faire pour son compte avec le commanditaire, » et réciproquement le commanditaire avec la maison » commanditée, comme avec toute autre maison de » commerce (1) ».

Cet avis du conseil d'État est important; il ramène l'article 27 à la rédaction du Tribunat, dont, par purisme, on avait eu le tort de s'écarter. Il achève de démontrer que si le texte de l'article 27 diffère en quelque

(1) S. 9, 2, 381.

chose du projet d'article formulé par le Tribunat, c'est seulement dans les mots et non pas dans les choses.

Ainsi donc, voilà un premier point acquis; un commanditaire peut faire pour son compte personnel des opérations avec la société en commandite dont il est membre; il peut être son commissionnaire de roulage, son entrepreneur de transports, son banquier, son commissionnaire accrédité pour vendre et acheter, son loueur de chevaux, son serrurier, son constructeur de voitures, etc. (1). Le commanditaire, dans ces différens cas, est plutôt occupé de ses propres affaires que de celles de la société; il agit dans le but de son négoce, et n'est pas l'agent ou le mandataire de la société pour la gestion.

435. Reste à suivre cette idée, et voici où elle nous conduit :

Puisque l'article 27, éclairé par le conseil d'État, n'interdit que la participation aux actes de gestion, aux fonctions de gérant, il s'ensuit que nous n'accuserons pas d'immixtion le commanditaire qui fera, pour son propre compte et dans son industrie, certains travaux dont la société a besoin, mais qu'on ne peut classer dans les actes de gestion. Par exemple, dans une imprimerie organisée en commandite, des ouvriers commanditaires peuvent être occupés comme compositeurs, protes, etc.; dans une entreprise de messageries, un commanditaire peut être attitré comme facteur, conducteur, etc. Dans une maison de banque, rien n'empêche un commanditaire d'être commis aux écritures, à la tenue des livres. Pourquoi cela? Parce que ce ne sont pas là des actes de

---

(1) Bordeaux, 29 août 1838. (S. 39, 2, 43.)
Même Cour, 16 avril 1832. (S. 33, 2, 133.)
MM. Malpeyre et Jourdain, n° 250.
M. Pardessus, t. 4, n° 1030.

gestion ; parce que dans ces divers emplois le commanditaire ne *représente pas comme gérant la maison commanditée.* J'emploie les expressions quasi-législatives du conseil d'État : elles sont décisives.

436. Il suit de là que tout emploi quelconque dans les affaires de la société ne porte pas avec lui la preuve invariable d'une immixtion ; que le seul emploi envisagé par l'article 27 est celui qui constitue le commanditaire *représentant* de la société ; que dès lors il n'y a d'acte de gestion, dans le sens de ce même art. 27, que lorsqu'un mandat ou un louage d'ouvrages place le commanditaire en face des tiers et le rend l'intermédiaire de communications destinées à étendre au dehors le crédit de la société. — Ainsi le veut la raison ; ainsi l'entendait le Tribunat ; ainsi l'a décidé l'avis du conseil d'État précité. Si, dans les discussions forenses qui ont eu lieu sur le sens de l'article 27 (1), on eût fait plus d'attention à cet avis du conseil d'État, la doctrine aurait moins tâtonné, et l'on n'aurait pas élevé tant de doutes fâcheux sur le droit des commanditaires.

Aussi, je ne conçois pas que M. Pardessus ait enseigné d'une manière absolue que des facteurs ou commis de commerçans ne peuvent être admis à entrer dans le commerce de leur maître en qualité de commanditaires (2). Cette proposition pèche par trop de généralité ; elle est fausse en beaucoup de cas. Sans aucun doute, il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société d'assurances, exercerait les fonctions d'agent dans un port ; il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société de messageries,

---

(1) Le mot *forenses*, est peu usité. Mais il est commode, et je m'en sers à l'exemple des anciens auteurs, de d'Olive, par exemple.

(2) T. 4, n° 1030 : il est suivi par MM. Malpeyre et Jourdain, n° 251, et par la collection de M. Dalloz, t. 12, p. 132, n° 6.

serait le préposé, le représentant de cette société dans une ville. Ceux-là, en effet, font acte de gestion; ils remplacent le gérant, ils traitent avec les tiers, ils s'emploient à augmenter le crédit de la société par leurs actes, par leurs recommandations, par leur travail extérieur. Mais le commis inconnu qui tient les écritures; mais l'agent occupé loin des tiers, d'une manière quelconque; mais l'auxiliaire préposé à des fonctions qui ne sont pas et ne peuvent pas être celles du gérant, tous ceux-là ne s'immiscent pas; on ne peut pas dire qu'ils soient employés à ces affaires de la société dont le maniement constitue la gestion sociale.

Toute cette seconde partie de l'article 27 se réduit donc à ceci : c'est que pour qu'un associé commanditaire soit censé avoir participé à la gestion comme mandataire ou locateur d'ouvrages, il faut qu'il ait agi comme représentant de la société et qu'il se soit mis en relation avec les tiers par une délégation des fonctions attribuées au gérant; sinon la loi ne s'inquiète pas de ses actes, et elle ne lui défend pas de prêter à la société une industrie qu'il pourrait aussi bien utiliser auprès d'autres entreprises : les tiers ne peuvent qu'y gagner. La société sera mieux servie, quand elle trouvera ses auxiliaires parmi des personnes intéressées à ses progrès.

437. Lorsque des faits d'immixtion sont allégués par des tiers, la preuve peut se faire par témoins (1). Cette proposition n'a pas besoin de plus amples démonstrations.

438. J'ai dit que la solidarité est la peine de l'imprudence ou de la fraude du commanditaire; mais on ne pourrait aller jusqu'à déclarer commerçant de plein droit le commanditaire civil qui se serait immiscé; ce serait

(1) *Suprà*, n° 163. M. Persil, art. 27, n° 2. M. Pardessus, t. 4, n° 1037.

ajouter à la loi (1). Je prie de recourir à un arrêt de la Cour royale de Bourges, que j'ai rapporté ci-dessus, n° 74; un propriétaire, un médecin, un avocat, qu'une faute ou un écart de zèle ont entraîné au delà de la limite de la commandite, n'est pas pour cela seul négociant; on ne peut pas dire sans distinction qu'il fait du commerce sa profession habituelle (art. 1 du Code de commerce). Il serait contraire à toutes les notions de la justice de lui imprimer inopinément une qualité qui, au grand préjudice de ses créanciers et de son épouse, entraînerait avec elle sa faillite !!

439. L'obligation de payer les dettes de la société s'étend à toutes celles qui ne sont pas encore acquittées au moment de l'immixtion et qui ont été contractées avant qu'elle n'ait eu lieu. — L'article 28 ne distingue pas (2). Une ventilation entre les dettes antérieures et les dettes postérieures eût donné lieu à mille difficultés. Pour satisfaire la logique, on eût brouillé toutes les affaires d'une société; d'ailleurs, plus la peine sera grave et rigide, plus elle retiendra les commanditaires et préviendra les fraudes que redoute la loi.

440. Reste à examiner sur cette matière une dernière question. Dans l'intérêt de qui a été prononcée la peine de l'immixtion? Est-ce dans l'unique intérêt des tiers? Ou bien les co-associés du commanditaire peuvent-ils aussi s'en prévaloir contre lui?

Jusqu'à présent les auteurs avaient pensé que les associés du commanditaire étaient sans droit (3).

---

(1) M. Persil, art. 28, n° 3. M. Pardessus, t. 4, n° 1037. *Contrà*, MM. Malpeyre et Jourdain, n° 260.

(2) M. Persil, art. 28, n° 4.

(3) M. Pardessus, t. 4, n° 1038.
MM. Malpeyre et Jourdain, n° 261.
M. Persil, sur l'art. 28, n° 3. *Suprà*, n° 162 : un cas où ceci se présente.

Mais le contraire a été décidé par un arrêt de la Cour royale de Paris du 9 janvier 1836 (1). Le général Damrémont avait commandité un sieur Chauvier pour l'exploitation d'une plâtrière. Mais Damrémont ne s'était pas renfermé dans la position de simple commanditaire. Des travaux avaient dû être faits par la société, et c'était Damrémont qui en avait fait l'adjudication d'après ses devis, en l'absence et sans le consentement de Chauvier; c'est lui qui en avait surveillé la direction, qui avait payé les ouvriers, et qui avait fourni et vendu à la société les matériaux dont elle avait besoin ; dans ces circonstances, Chauvier demanda que Damrémont fût déchu de sa qualité de commanditaire et tenu solidairement envers lui des dettes auxquelles ces opérations avaient donné lieu. Les arbitres et la Cour royale lui accordèrent ses conclusions.

Je ne puis me rendre à cet arrêt. L'art. 28 du Code de commerce ne dit pas que l'associé qui s'est immiscé sera déchu de sa qualité de commanditaire ; au contraire, il continue à l'appeler de ce nom : seulement, il veut qu'il soit obligé solidairement pour toutes les dettes et engagemens de la société : ce qui est bien mettre l'associé en présence des tiers et le frapper d'une peine sévère dans l'intérêt de ces derniers. Et l'on en conçoit la raison : les tiers ont pu être trompés ; les actes de l'associé coupable d'immixtion ont pu les induire en erreur et leur faire croire qu'il était associé pur et simple. Qu'il reste donc associé pur et simple, puisqu'il en a pris la couleur et les droits. Mais d'associé à associé, est-ce que l'erreur est possible ? Le contrat n'a-t-il pas fixé les positions sans équivoque, sans sujet de méprise?

---

(1) Sirey, 36, 2, 134.
Suprà, n° 162.

n'a-t-il pas établi un commanditaire et un gérant ? Et de quoi donc ce dernier se plaindrait-il ? De ce que son co-associé a empiété sur ses droits ? Mais pourquoi n'a-t-il pas fait cesser cette usurpation ? n'en avait-il pas les moyens ? Et s'il ne l'a pas fait, ne serait-ce pas parce qu'il a approuvé des actes utiles et qui ont tourné au profit commun ?

L'art. 27 fournit un argument irrésistible contre la décision de la Cour royale. Il suppose que l'immixtion peut avoir lieu avec un mandat de gérant ; il fait peser sur le commanditaire la responsabilité et la solidarité. Or, je le demande, peut-il venir dans la pensée d'admettre que cette peine doive profiter au gérant qui a donné le mandat, qui a été l'instigateur et le complice de l'immixtion ?

Je crois donc que l'arrêt en question est un de ceux qui échappent parfois dans *ce grand abyme* de la Cour royale de Paris, comme disait Coquille du parlement (1).

441. Partant de là, on décidera que le commanditaire, qui aura été condamné à payer aux tiers des obligations solidaires, aura recours contre les gérans pour tout ce qui excède sa mise ; car il ne peut être tenu au delà.

442. On vient de voir quels principes dominent la commandite. On peut maintenant se faire une juste idée du rôle du commanditaire.

Quelques auteurs, s'arrêtant à l'écorce des choses, ont assimilé le commanditaire à un simple prêteur. M. E. Vincens nous apprend même que cette assimilation s'est produite au conseil d'État, qu'elle y a été proclamée hautement, sans rencontrer d'opposition (2). « Comme » on l'a entendu dire à un conseiller d'État fort distin-

(1) Sur Nivernais, t. 22, art. 5.
(2) Des sociétés par actions, p. 47.

» gué, le commanditaire *n'est qu'un prêteur,* auquel, au » lieu d'un intérêt fixe, la société accorde une part dans » les bénéfices qu'elle espère. »

J'en demande bien pardon à ce conseiller d'État fort distingué; mais qu'il me permette de dire que, s'il est un administrateur habile, il est, en ceci, un jurisconsulte très-hasardeux; il a laissé échapper une grave erreur; il est tombé dans une fâcheuse confusion. Entre le prêteur et le commanditaire il y a tout un monde de distance; c'est pourquoi nous avons étudié ci-dessus les monumens de la jurisprudence dans lesquels le prêt et la commandite se dessinent, tantôt avec leurs différences tranchées, tantôt avec de feints rapprochemens (1). Les casuistes qui crurent nécessaire d'inventer les trois contrats, pour dissimuler le prêt à intérêt sous les couleurs d'une société flanquée d'une assurance du capital et d'une vente des gains à espérer, se connaissaient mieux en jurisprudence que le conseiller d'État auquel applaudit M. E. Vincens. Si le prêt, défendu par les lois canoniques, eût été la même chose que la commandite autorisée par elles, on n'aurait pas eu besoin de tant de détours et de complications subtiles!!

Du reste, M. Vincens a reconnu ailleurs les différences du prêt et de la commandite (2); et j'éprouve une véritable surprise en voyant la doctrine du conseiller d'État cité par lui appuyée par un savant jurisconsulte, M. Cresp, professeur de droit commercial à Aix. Il est vrai que c'est seulement dans une consultation (3). On sait que, dans ces sortes de travaux, le zèle et l'entraîne-

---

(1) *Suprà*, nos 47, 49, 50.

(2) Législ. com., t. 1, p. 317, 318.

(3) P. 67. Cette consultation est, du reste, fort remarquable sous d'autres rapports. Je m'en servirai en plus d'une occasion. (Consult. pour les commanditaires de Loubon aîné.

ment de la défense peuvent quelquefois conduire à des déviations.

443. Le commanditaire est donc un associé, non pas un associé ordinaire : *Per omnia socius non est*, disait l'arrêtiste de la rote de Gênes (1); c'est un associé qui engage ses capitaux plus que sa personne et dont la responsabilité s'arrête à sa mise.

Mais, ceci accordé, le commanditaire n'en est pas moins associé. L'article 26 du Code de commerce le déclare en termes précis, et, sous son empire, il n'est plus permis d'élever des doutes sur une qualité si bien définie. Je conçois cependant la possibilité des méprises, à l'époque où la commandite se distinguait à peine de la participation, qui, ainsi que nous le verrons plus tard, n'a jamais été une société régulière; mais l'erreur n'est plus permise en présence d'une législation, qui classe la commandite parmi les vraies sociétés, et trace une si grande ligne de démarcation entre elle et la participation.

§ 3. *De la société anonyme.*

444. La société anonyme a quelques rapports avec la commandite; mais elle en diffère en un point essentiel : c'est que les capitaux associés et réalisés n'ont pas de représentans personnellement et indéfiniment responsables. Elle n'offre au public qu'un patrimoine pour garantie, et point de personnes obligées. L'être moral est une caisse sociale au delà de laquelle il n'y a pas d'individus débiteurs et contraignables (2).

445. Les dispositions organiques de cette société n'avaient jamais été codifiées avant le Code de commerce. Quoiqu'elle ne fût pas inconnue dans l'ancien régime, toutefois, l'ordonnance de 1673 ne s'en occu-

(1) Décis. 39, n° 9.
(2) *Suprà*, n° 168.

pait pas. Comme le gouvernement intervenait toujours dans la constitution des anciennes sociétés, que nous appellerions aujourd'hui compagnies anonymes, on les considérait comme l'œuvre de la puissance publique plutôt que comme l'ouvrage libre de la volonté des particuliers; c'est pourquoi on ne les classait pas au nombre des sociétés laissées à la disposition du public. Pour chaque société anonyme que les spéculations du commerce rendaient nécessaire, on faisait (si je puis parler ainsi) une loi spéciale qui lui donnait la vie. Ces sociétés, du reste, ne portaient pas la dénomination de sociétés anonymes; c'est le Code de commerce qui la leur a imposée. Dans l'ancienne jurisprudence, on donnait le nom de société anonyme à la société en participation et à la commandite dépourvue de raison sociale. Ces sortes de sociétés, en effet, n'avaient pas d'existence extérieure, et, par conséquent, pas de nom pour le public; mais le Code de commerce les a dépouillées de ce titre, au mépris de l'usage, si puissant dans le commerce. Faute de mieux, il s'en est emparé pour le donner exclusivement à cette autre société que l'ordonnance de 1673 laissait en dehors de ses dispositions, et qui, dans le droit, n'avait pas de qualification scientifique. En cela, le Code de commerce ne s'est pas montré inventif, et son peu d'égards pour la langue du droit jette des embarras fréquens dans la lecture des anciens auteurs qui ont traité des sociétés de commerce.

446. J'ai dit que, nonobstant le silence de l'ordonnance de 1673, l'histoire du commerce offrait des exemples de cette sorte de sociétés sur le modèle desquelles le Code de commerce a édifié sa société anonyme. En effet, les compagnies des Indes orientales et occidentales, et beaucoup de sociétés privilégiées (1), en

(1) Voyez notre préface.

France et en pays étrangers (1), furent organisées sur ce pied. Il ne sera pas sans intérêt d'analyser la déclaration de 1664, qui porte établissement de la compagnie des Indes orientales (2).

La compagnie des Indes orientales est formée de tout Français qui y voudra entrer, sans que pour cela il y ait dérogeance.

Chaque *part* ne pourra être moindre de 1,000 fr. Elle sera versée par tiers: le premier tiers sera payé comptant pour le premier armement; les deux autres en deux années consécutives et par moitié dans les mois de décembre 1655 et 1666, « sous la peine, à ceux qui ne » fourniraient pas lesdits deux tiers dans ledit temps, » de perdre ce qu'ils auront avancé pour les premiers » et seconds paiemens, qui demeurera au profit et dans » la masse de la société (3). »

Nul intéressé ne pouvait se retirer qu'en vendant son action (4). Ainsi, la société était perpétuelle et indissoluble par la volonté d'un seul; l'unique moyen de sortir de l'indivision était de vendre son action (5); l'action est réputée meuble pour chaque intéressé.

Les directeurs et les particuliers intéressés ne pourront être tenus, pour quelque cause et sous quelque

---

(1) Adam Smith, *Rich. des nations*, liv. 5, ch. 1.

Décret du 14 mars 1808 qui maintient en compagnies anonymes les compagnies génoises d'assurances maritimes.

M. Vincens, *Législ. comm.*, t. 1, p. 341.

(2) Je la prends dans Bornier, à la suite du titre des sociétés.

N. B. Un autre édit, du mois de mai 1664, établit la compagnie des Indes occidentales. Ce sont les mêmes bases.

(3) Cette clause est très-fréquente dans les sociétés en commandite. *Suprà*, n° 179.

(4) Notez cette clause.

(5) *Infrà*, n°s 971 et 972.

prétexte que ce soit, de fournir aucune somme au delà de celle pour laquelle ils se seront obligés.

Les directeurs ne pourront être inquiétés ni contraints en leurs personnes et biens, pour raison des affaires de la compagnie.

Les directeurs, au nombre de vingt-un, devaient être choisis par les intéressés des villes, parmi les actionnaires porteurs d'un certain nombre d'actions (1).

Les effets de la compagnie ne pouvaient être saisis par les créanciers des intéressés. Ils étaient, en effet, le gage des créanciers de la société.

447. On voit là toutes les règles des sociétés anonymes du Code de commerce; point de raison sociale; capital divisé par actions; administrateurs mandataires, sans responsabilité personnelle ni solidaire; associés passibles seulement de la perte du montant de leur intérêt dans la société. Le Code de commerce n'a rien inventé; il a copié; c'est ce qu'il pouvait faire de mieux.

448. Comme la plupart des compagnies, ainsi constituées par le concours de la haute administration, étaient investies d'un privilége dans la branche de commerce qu'elles exploitaient, elles devinrent incompatibles avec le régime de liberté industrielle consacré par la révolution. La Convention les prit en haine à cause de leur papier-monnaie, c'est-à-dire, de leurs actions au porteur ou nominatives; elle les considérait comme des instrumens d'agiotage, peut-être même de conspiration contre le crédit de la République. Elle les supprima, et défendit en même temps de former des établissemens de ce genre sous quelque prétexte et sous quelque dénomination que ce fût (2). Mais, deux ans après, le lé-

---

(1) Art. 13.

(2) Loi des 26-29 germinal an 2.

Art. 1. Les compagnies françaises sont et demeurent suppri-

gislateur, devenu plus calme sur ces sortes de questions, sentit la nécessité de faire un retour sur cet acte de vandalisme, et la loi qui prohibait les compagnies et associations commerciales par actions fut rapportée (1). On forma un grand nombre de ces associations; mais comme aucune loi n'en avait réglé les principes; la jurisprudence tâtonnait quand il fallait régler les rapports des associés entre eux (2), ou avec les tiers (3).

449. Il y avait donc urgence à codifier une espèce de société qui offre de si grands avantages pour le développement des affaires commerciales : c'est ce qu'a fait le Code de commerce par ses art. 29 et suiv. « Les so-

---

mées. Il est défendu à tous banquiers, négocians et autres personnes quelconques, de former aucun établissement de ce genre, sous aucun prétexte et *sous quelque dénomination que ce soit.*

Art. 2. Les décrets des 27 août et 29 novembre 1792 seront exécutés contre toutes les compagnies dont les portions d'intérêts circulaient à l'époque des dites lois *sous la forme d'actions au porteur*, et qui, ayant converti lesdites portions d'intérêts ou inscriptions sur leurs propres registres, ont établi, pour leurs négociations, des transferts particuliers, et les percepteurs du droit d'enregistrement feront verser au Trésor public les sommes déjà dues à la nation par lesdites compagnies, pour le triple droit encouru à raison de leurs transferts.

Art. 3. Suppression de la compagnie des Indes. Défense d'expédier des vaisseaux.

Art. 4, 5, 6, 7, 8.

(1) Loi du 30 brumaire an 4. — La loi du 26 germinal an 2, concernant les *compagnies* et les *associations commerciales*, est abrogée.

(2) La Cour de Nîmes jugea, par exemple, que la majorité pouvait forcer la minorité à augmenter le capital social. Arrêt du 3 fructidor an 12. (*Suprà*, n° 182, sur l'art. 1833. Dalloz, *Société*, p. 139.)

(3) La Cour de cassation a prononcé la solidarité au profit des tiers. (S. 3, 2, 626; et 8, 1, 225.)

» ciétés anonymes, ou par actions (1), disait M. Re-
» gnaud de Saint-Jean-d'Angély, sont un moyen effi-
» cace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en
» France les fonds étrangers, d'associer la médiocrité
» même et presque la pauvreté aux avantages des gran-
» des spéculations, d'ajouter au crédit public et à la
» masse circulant dans le commerce. Mais trop souvent
» des associations, mal combinées dans leur origine ou
» mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la
» fortune des actionnaires et des administrateurs, al-
» téré momentanément le crédit général, mis en péril
» la tranquillité publique. Il a donc été reconnu, 1° que
» nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'a-
» près *un acte* public (art. 40 Code de commerce);
» 2° que l'intervention du gouvernement était néces-
» saire *pour vérifier d'avance sur quelles bases on voulait*
» *faire reposer les opérations de la société et quelles pou-*
» *vaient en être les conséquences* (art. 37 C. de comm.). »

450. Comme M. Regnaud l'a si bien dit, les sociétés anonymes sont éminemment propres aux vastes entreprises; c'est par elles que s'organisent les compagnies qui entreprennent les constructions de canaux (2), de ponts (3), de chemins de fer (4), etc. — Elles sont un attrait d'autant plus puissant pour les capitaux civils, qu'outre la dispense de solidarité et de responsabilité personnelle, elles permettent aux associés de surveiller par eux-mêmes les opérations, de les gérer même comme mandataires, et que l'immixtion n'y est pas regardée (ainsi que dans la commandite) comme un fait de na-

(1) *Ou par actions !!* Comme si la commandite, avant le Code de commerce, ne pouvait pas être par actions.

(2) Les quatre canaux, par exemple, etc., etc.

(3) Le pont de Bordeaux; v. ordonn. de 1818.

(4) Saint-Germain, Rouen, etc., etc.

ture à entraîner la solidarité; et, sous ce rapport, la société anonyme a un grand avantage sur la commandite; car les associés anonymes peuvent régir leurs intérêts, tandis que les commanditaires, sauf certains actes de surveillance, sont forcés de se confier à la bonne foi de leur gérant.

451. Mais, d'un autre côté, la commandite l'emporte sur la société anonyme, en ce sens qu'elle a un gouvernement organisé pour toute la durée de ses opérations, fonctionnant avec liberté et promptitude, unissant aux avantages de la société ceux de l'action individuelle. Quand elle a le bonheur d'avoir des gérans habiles et honnêtes, elle a, à tous ces égards, une supériorité marquée sur la société anonyme, dont l'administration est élective et mobile, où la gestion est contrainte, embarrassée de controverses et d'oppositions, dépendante de majorités plus ou moins éclairées, et assujétie à des formes qui nuisent à la rapidité des résolutions et à l'à-propos des expédiens. La société anonyme est une véritable république élective; elle en a tous les inconvéniens. La commandite est plutôt une monarchie tempérée; mais malheur à elle si elle tombe entre les mains de gérans trop ambitieux d'un pouvoir absolu, et prodigues de ses ressources: elle est la pire des combinaisons, et sa ruine arrive bientôt par les fautes de ses chefs!!!

452. Maintenant, prenons une à une les dispositions que le Code de commerce a empruntées aux anciens édits, et tâchons d'en faire ressortir l'esprit.

La société anonyme a été ainsi nommée, parce qu'elle n'existe pas sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun associé (1); elle est qualifiée par la désignation de l'objet de l'entreprise (2). Pour se mouvoir,

---

(1) Art. 29 Code de comm.

(2) Art. 30 Code de comm.

elle emploie des administrateurs que la loi qualifie de mandataires à temps révocables (1) ; ils sont choisis par les actionnaires et représentent la société dans tous ses actes. Ce ne sont pas ici de ces mandataires qui s'obligent personnellement envers les tiers pour leur mandat ; ce sont des mandataires purs et simples, *nudi ministri ;* ils obligent non eux-mêmes, mais la société, la caisse sociale. Quels que soient leurs actes, ils ne contractent aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagemens de la société. (Article 32 du Code de commerce.)

453. Et ceci est vrai, non-seulement quand ils sont étrangers à la société, mais, ce qui est plus fort, alors même qu'ils sont associés (2). Dans les combinaisons du Code de commerce, empruntées au régime des anciennes compagnies, la qualité d'associé se détache entièrement de la qualité d'administrateur, quoique ces deux qualités puissent être réunies sur la tête de la même personne. Le fait de l'administration ne réagit pas sur l'associé et ne change pas sa condition. C'est tout autre chose dans la commandite, où l'associé gérant est indéfiniment responsable, et où l'immixtion de l'associé non gérant opère une si grande altération dans ses obligations primitives. C'est que dans la société anonyme, bien différente en cela de la commandite, la société ne cesse jamais d'être un corps distinct des personnes qui la composent ; qu'elle n'a et ne peut jamais avoir d'autre patrimoine, ni offrir aux tiers d'autres garanties que sa caisse, et que l'obligation des personnes n'y vient jamais suppléer aux ressources de cette caisse, devenues insuffisantes.

---

(1) Art. 31.

(2) Art. 31 et 32.

454. Ainsi donc, les tiers qui traitent avec une société anonyme doivent savoir que les directeurs ou administrateurs ne contractent pas avec eux personnellement. Ces directeurs ou administrateurs ne sont responsables que de l'exécution de leur mandat (1) : au delà, point d'obligation personnelle.

455. D'après ces notions, on aperçoit tout de suite que l'associé qui expose des fonds dans une société anonyme n'est passible que de la perte du montant de son intérêt (2). Le capital social répond seul. Une fois la mise effectuée, il n'y a plus ni réflexion ni réaction possibles des faits de la société sur la personne des associés (3). Tout associé anonyme est commanditaire. Nul mélange possible de commanditaire et d'associé solidaire.

456. Le capital social d'une société anonyme est divisé en actions, et même en coupons d'actions d'une valeur égale (4). Ces actions peuvent être nominatives ou au porteur (5). Je renvoie à ce que j'ai dit aux numéros 128 et suivans où j'ai traité tous les points qui touchent au droit sur les actions dans les sociétés de commerce et autres.

457. Tout associé est débiteur envers la société du montant de son action, et le directeur, comme mandataire de la société, a qualité pour le contraindre à tenir son obligation (6).

Je pense même que les tiers qui ont contracté avec la société et qui la trouvent insolvable ont aussi qualité

(1) Art. 32.
(2) Art. 35.
(3) MM. Malpeyre et Jourdain, nos 325 et 336.
(4) Art. 34.
(5) Art. 35.
(6) MM. Malpeyre et Jourdain, no 325.

pour agir directement contre les associés qui n'auraient pas versé le montant de leur action. La mise de chaque associé est la garantie des tiers ; elle leur est acquise ; il faut donc qu'ils puissent poursuivre directement l'associé qui en est encore débiteur (1). Sans doute, toute action est éteinte contre les associés quand ils ont réalisé leur mise, et dès cet instant un mur de séparation s'élève entre eux et les tiers. Mais quand cette condition n'est pas accomplie, les tiers ne peuvent être repoussés par une fin de non-recevoir, et nous retrouvons ici les principes que nous avons exposés sur l'action des tiers contre les commanditaires (2). Supposons que les associés, par des répartitions de dividendes, aient entamé le capital social, est-ce que, malgré le voile de l'anonyme sous lequel ils se cachent, les tiers n'auraient pas contre eux une action directe pour les contraindre à rapporter? Et pourquoi n'en serait-il pas de même quand la mise n'a pas été effectuée?

458. Du reste, l'associé d'une compagnie anonyme n'est pas plus obligé que le commanditaire à rapporter les bénéfices (3).

459. Une des conditions les plus remarquables de la société anonyme, c'est qu'elle ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi et avec son approbation pour l'acte qui la constitue. Cette approbation doit être donnée dans les formes prescrites pour les règlemens d'administration publique.

On a vu tout à l'heure les motifs donnés par M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély pour expliquer cette intervention du gouvernement dans des affaires privées

---

(1) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 339.

(2) *Infrà*, n° 831.

(3) M. Persil est de cet avis, quoique, en matière de commandite, son opinion soit contraire ; sur l'art. 35, n° 2.

L'esprit d'indépendance en a quelquefois murmuré : mais ses plaintes sont vaines et irréfléchies. En effet, lorsqu'une société cache aux yeux du public tout son personnel, quand elle n'offre aux tiers aucune personne saisissable, quand elle vante pour toute garantie un actif que chaque créancier n'a pas la possibilité de vérifier, les fraudes sont à craindre ; l'agiotage peut substituer des fictions aux réalités du crédit ; et dès lors un haut intérêt de police publique exige que l'autorisation du gouvernement, précédée d'un contrôle protecteur, supplée à l'absence de cette responsabilité personnelle que l'on retrouve dans toutes les autres espèces de sociétés, et dont la société anonyme est seule dispensée. Sans l'autorisation, donc, la société anonyme ne serait qu'un piége audacieux tendu aux capitalistes et au public (1).

---

(1) En Angleterre, les sociétés anonymes ne peuvent être constituées que par un bill du parlement (1). Cette intervention a paru nécessaire à cause des différences qui existent entre la société anonyme, connue sous le nom de *société de fonds*, et les sociétés ordinaires de commerce. Écoutons Adam Smith, dont les paroles sont précieuses à recueillir :

« Dans une société ordinaire (2), aucun associé ne peut, sans » le consentement de la société, transporter sa part d'associé à » une autre personne, ou introduire un nouveau membre dans la » société. Cependant chaque membre peut, après un avertisse» ment semblable, se retirer de l'association et demander le » paiement de sa portion dans le fonds commun. Dans une com» pagnie en société de fonds, au contraire, aucun membre ne » peut demander à la compagnie le paiement de sa part ; mais » chacun peut, sans le consentement de la compagnie, céder sa » part d'associé, et par-là introduire dans la société un nouveau

(1) Adam Smith, t. 4, p. 102. Trad. du M[r] Garnier.
(2) *Loc. cit.*

460. Et notez bien qu'il ne suffit pas d'une autorisation qui serait donnée avant la constitution de la société, d'une autorisation à futur ; il faut encore que les statuts qui organisent la société aient reçu l'approbation du gouvernement par le moyen d'une ordonnance royale.

461. Ici, nous serons forcés d'entrer un instant dans le domaine de l'administration, afin d'éclairer les parties

---

» membre. La valeur d'une part *ou action* dans une société de » fonds est toujours le prix qu'on en trouvera sur la place, et ce » prix peut être sans nulle proportion, au-dessus ou au-dessous de » la somme pour laquelle le propriétaire est crédité dans les » fonds de la compagnie.

» Secondement, dans une société particulière, chaque associé » est obligé aux dettes de la société pour toute l'étendue de sa » fortune. Dans une compagnie en société de fonds, au contraire, » chaque associé n'est obligé que jusqu'à la concurrence de sa » part d'associé.

» Le commerce d'une compagnie de fonds est toujours conduit » par un corps de directeurs ; à la vérité, ce corps est souvent » soumis au contrôle de l'assemblée générale des propriétaires. » Mais, poursuit Adam Smith (1), la majeure partie de ces pro- » priétaires ont rarement la prétention de rien entendre aux » affaires de la compagnie : mais, bien plutôt, quand l'esprit de » faction en vient à régner entre eux, tout ce qu'ils veulent, » c'est de ne se donner aucun souci et de toucher seulement leurs » dividendes tels que le directeur juge à propos de leur donner, » et dont ils se montrent toujours contens. L'avantage de se trou- » ver absolument délivré de tout embarras et de tout risque au » delà d'une somme limitée encourage beaucoup de gens à pren- » dre part au jeu des compagnies de fonds. Aussi ces sortes de » compagnies attirent-elles à elles des capitaux beaucoup plus » considérables qu'aucune société particulière de commerce ne » peut se flatter d'en réunir. »

(1) *Loc. cit.*, p. 104.

sur les difficultés qu'elles doivent aplanir et les conditions qu'il est de leur devoir de réaliser pour obtenir cette ordonnance.

462. D'après une instruction du 23 décembre 1807, donnée par M. Crétet, ministre de l'intérieur, et une autre instruction de M. Lainé, du 22 octobre 1817, les individus qui veulent former une société anonyme et obtenir l'autorisation du gouvernement doivent adresser au préfet de leur département, et, à Paris, au préfet de police, une pétition signée de ceux qui entendent former la société, ou de leurs délégués et fondés de pouvoir en vertu de l'acte de société.

La pétition doit contenir la désignation de l'affaire ou des affaires que la société veut entreprendre, le temps de sa durée, le domicile des pétitionnaires, le montant du capital que la société devra posséder, la manière dont ils entendent former ce capital, soit par souscriptions simples ou par actions, les délais dans lesquels le capital devra être réalisé, le domicile choisi où sera placée l'administration, le mode d'administration, et enfin l'acte ou les actes d'association passés entre les intéressés et déclarés irrévocables sous la seule condition de l'approbation du roi.

Si les souscripteurs de la soumission ne complètent pas par eux seuls la somme du capital, et s'ils déclarent avoir l'intention de la compléter lorsque seulement ils auront reçu l'approbation du gouvernement, ils devront dans ce cas composer au moins le quart du capital réel. L'ordonnance d'autorisation règle le délai dans lequel le surplus des souscriptions doit être effectué, avec clause expresse et de rigueur, que l'autorisation sera non avenue si cette condition n'est pas remplie en temps utile.

463. Ici, la jurisprudence du conseil d'État a ajouté

aux instructions ministérielles quelques précautions marquées au coin de la sagesse.

Dans quelques sociétés, dont les opérations sont successives et progressives, il n'est pas toujours nécessaire de réaliser sur-le-champ l'entier capital social : ce serait grever les sociétés d'intérêts onéreux. On stipule donc que le capital social sera réalisé en divers paiemens échelonnés suivant les besoins présumés de l'affaire : les actionnaires donnent d'abord un à-compte, et ils fournissent leur promesse de répondre à tous les appels de fonds. Mais il est souvent arrivé que ces promesses ont été vaines. Pour remédier à cet inconvénient, le conseil d'État a exigé des souscripteurs un dépôt de valeurs publiques promptement réalisables (1).

464. D'après les instructions ministérielles, l'autorisation fixe un certain *minimum* au-dessous duquel le capital ne doit pas descendre (2). Ce *minimum* varie suivant la nature des opérations et suivant les chances de l'entreprise : il est réglé d'après les circonstances de l'affaire. Si la société éprouve des pertes qui diminuent son actif de manière à le mettre au-dessous de ce *minimum*, alors l'autorisation impose à la société l'obligation de se dissoudre. La sûreté des créanciers futurs n'est plus conciliable avec l'espérance de faire d'assez grands bénéfices pour réparer les pertes.

465. Pour prévenir cette crise, l'ordonnance d'autorisation exige que la société fasse, sur les bénéfices éventuels, une réserve destinée à prévenir toute décroissance du capital primitif. C'est, du reste, un moyen de donner aux actions une valeur plus constante. La ré-

---

(1) M. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 38, 39, et *Législ. comm.*, t. 1, p. 332.
(2) *Ibid.*

serve est proportionnée à la grandeur des bénéfices et des chances. Une compagnie d'assurance doit l'établir plus forte, qu'une société occupée d'une exploitation moins environnée d'imprévu.

On n'exige pas de réserve dans les sociétés d'assurances mutuelles, lesquelles ne font pas de bénéfices ; mais on tient strictement la main à ce qu'il y ait un *minimum* de valeurs engagées dans l'assurance, de telle sorte qu'au-dessous de ce *minimum* la société soit dissoute.

466. Quand le capital est entamé, tous les bénéfices doivent être employés d'abord à le rétablir ; l'ordonnance prescrit qu'ils soient mis en réserve sans qu'il soit permis de distribuer des dividendes jusqu'au rétablissement du fonds social originaire. Toutefois, d'après les premières instructions ministérielles, cette défense ne devait pas empêcher les actionnaires de retirer les intérêts simples de leurs fonds. Mais il paraît que la jurisprudence du conseil d'État a reconnu l'abus de cette pratique ; elle a considéré que le fonds social étant l'unique garantie du public, il ne fallait pas permettre d'en retrancher quelque chose, sous prétexte de distributions d'intérêts (1).

467. L'ordonnance du roi n'admet jamais que, sous prétexte d'invention, de découverte, de fondation, les auteurs du projet s'attribuent un droit irrévocable à la gestion. Les gérans des sociétés anonymes doivent toujours être des mandataires révocables, et chaque associé doit avoir des droits égaux et proportionnés à sa mise (2).

L'ordonnance ne permet pas non plus que les fonda-

---

(1) M. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 40. *Législ. comm.*, t. 1, p. 332. V. cependant *suprà*, nos 191, 192.

(2) *Junge* M. Vincens, *loc. cit.*, p. 41.

teurs s'attribuent une propriété quelconque sur l'entreprise, ou qu'ils s'adjugent certains prélèvemens sur les profits, autres que la rémunération des soins qu'ils peuvent donner à la société comme administrateurs élus.

Toutefois, quand la société est fondée sur l'exploitation d'un brevet ou d'un secret, elle peut en payer le prix à l'inventeur ou à l'artiste, en lui donnant un nombre d'actions industrielles proportionné à la valeur de ce brevet ou de ce secret (1). Suivant M. Vincens, ce n'est pas sans répugnance que l'on a donné un passeport à ces sortes d'actions dont la fraude et l'agiotage ont tant abusé. Mais on a senti qu'il y avait des cas où elles étaient un prix légitime; et la jurisprudence administrative les admet, mais avec beaucoup de réserve et de précaution. Il serait à désirer que les actionnaires des sociétés en commandite se montrassent aussi difficiles pour acquiescer à ces attributions de bénéfices hors part, avec lesquelles on les a tant dupés.

468. Quand il y a des mises en nature, comme un immeuble, une usine, une mine, l'administration applique tous ses soins à vérifier si l'évaluation qui en est faite n'est pas exagérée; car une société qui annonce au public des millions pour garantie, et qui vient demander au gouvernement l'autorisation de vivre de sa confiance, doit tenir scrupuleusement ses promesses. Des expertises sont faites à la diligence des préfets (2) : mais de grandes difficultés se présentent pour arriver à l'exacte vérité. L'évaluation d'une mine est surtout quelque chose de fort arbitraire : les ingénieurs les plus habiles peuvent y être trompés.

---

(1) *Suprà*, n° 133. Définition des actions industrielles.
(2) M. Vincens, *loc. cit.*, p. 47.

469. Quelquefois des sociétés en commandite ont demandé à se convertir en sociétés anonymes; la jurisprudence du conseil est de n'y pas consentir facilement : elle craint, avec raison, que ce ne soit un moyen de diminuer la responsabilité d'un établissement en déclin, de faire peser sur la nouvelle société les dettes de l'ancienne et de tromper les actionnaires derniers venus (1). Le conseil d'État exige donc qu'il y ait liquidation de l'ancienne société, afin que la nouvelle commence ses opérations sous la seule responsabilité des actes qui lui sont propres (2). Il veut qu'une société anonyme, dont toute la responsabilité consiste dans la mise, soit nécessairement une société nouvelle, indépendante de toute gestion antérieure ; que le capital y soit net, certain, effectif.

J'ai vu un exemple de cette jurisprudence dans l'affaire des mines du Creuzot : un premier projet de société anonyme ne déterminait pas d'une manière fixe l'apport social, attendu que cet apport devait se former du reliquat actif de la liquidation à faire d'une précédente société en commandite. Le gouvernement repoussa ce projet ; il n'admit le second que parce qu'il composait l'apport, de valeurs certaines mises en dehors de la liquidation.

470. Avant de concéder son autorisation, l'administration s'enquiert de la moralité de l'entreprise, de son utilité, des garanties personnelles des associés, de leur solvabilité, de leur aptitude, etc., etc. ; son contrôle est souvent minutieux, toujours sévère. Il ne faut pas s'en plaindre : l'autorisation n'est efficace qu'à ce prix. Sans de sérieuses investigations, les faiseurs de projets au-

---

(1) M. Vincens, *loc. cit.*, p. 51.

(2) V. une espèce, Cassat. req., 1er avril 1834. (D. 34, 1, 191. S. 341. 794.)

raient trop beau jeu, et l'autorisation royale ne serait qu'une page de plus à ajouter à leurs prospectus menteurs.

Je sais que l'instruction administrative de ces sortes d'affaires se fait avec une lenteur qu'on a souvent accusée; mais la prudence de ceux qui exercent une tutelle ne saurait marcher aussi vite que l'imagination des spéculateurs qui croient que la fortune les attend. Un premier degré d'instruction se fait dans le ministère par l'intermédiaire du préfet; l'affaire passe de là au conseil d'État, où elle subit un second degré d'instruction dans le sein du comité de l'intérieur : ce n'est que sur le rapport de ce comité que le conseil d'État prend sa détermination et donne l'avis d'autoriser ou de refuser.

471. Souvent le gouvernement impose à la société qu'il autorise un commissaire du roi payé par elle et chargé de signaler à l'autorité supérieure les infractions aux statuts sociaux (1). Cet agent n'est pas toujours vu avec faveur; ses services sont souvent très-contestables, et plus d'une société en a éprouvé de l'embarras (2).

Lors de la rédaction du Code de commerce, on avait proposé de soumettre les sociétés anonymes à une surveillance publique. A côté de ceux qui pensaient que cette tutelle serait plus dangereuse qu'utile, et qu'il fallait laisser à l'industrie la liberté de ses mouvemens, il s'éleva une opinion tirée d'un autre ordre d'idées; on prétendit que réserver par un texte exprès ce droit de surveillance serait en quelque sorte mettre en doute le droit plus éminent et plus redoutable d'interdire toute société anonyme aussitôt qu'elle serait jugée nuisible. La proposition n'eut pas de suite.

---

(1) M. Vincens, *Législ. comm.*, t. 1, p. 332, n° 9.
(2) M. Vincens, p. 54, *Des sociétés par actions.*

Sous le régime constitutionnel, qui a pris naissance en 1814, le gouvernement a senti que son droit était plus limité; les armes de l'arbitraire sont tombées de ses mains, et il a conçu des doutes légitimes sur cette puissance de suppression que l'ancien conseil d'État avait érigée en maxime. Il a donc fallu revenir au système de surveillance. De là, les commissaires du roi imposés par l'ordonnance de constitution à certaines sociétés qui intéressent plus spécialement le public, comme les sociétés d'assurances mutuelles, etc.; de là, l'obligation prescrite à toutes les sociétés anonymes d'adresser tous les ans aux préfets l'état de leur situation; de là encore, l'insertion dans les ordonnances d'autorisation d'une clause portant que cette autorisation pourra être retirée pour inexécution ou violation des statuts (1). Les exemples de ces retraits sont rares; le gouvernement doit en être fort sobre; car une dissolution imprévue est de nature à porter une grande perturbation dans les intérêts des tiers (2); du reste, ceux-ci conservent toujours leurs droits pour poursuivre devant les tribunaux la réparation du préjudice, qui leur est causé par l'inexécution des conventions ou la violation des statuts (3).

472. Au surplus, toutes les précautions tutélaires n'ont pas toujours empêché beaucoup de sociétés anonymes de mal tourner; le public, trompé, s'en est pris au gouvernement. Mais il ne devrait s'en prendre qu'à lui-même; il a dû savoir que le gouvernement ne garantit rien de positif; qu'il n'assure aucun résultat pécu-

(1) Circul. et réponses de M. Lainé, du 22 octobre 1817.

(2) M. Vincens, p. 57, a fait là-dessus de judicieuses observations.

(3) Paris, 6 février 1833. (S. 33, 2, 135. D. 33, 2, 177.)

niaire exempt d'*alea;* qu'il ne s'est engagé qu'à vérifier certaines conditions de moralité, de sincérité commerciale, de prudence dans les affaires, et que l'accomplissement de ce devoir administratif ne dispense pas les actionnairés ou les tiers du contrôle clairvoyant de l'intérêt privé; que le sort de l'industrie est livré à des chances, que nulle puissance ne pourrait maîtriser. C'est donc aux tiers à mesurer la confiance qu'ils doivent prêter aux sociétés anonymes, d'après les bases contrôlées par l'administration et rendues publiques.

473. Et, dès lors, nous sommes bien éloignés d'admettre l'opinion de quelques écrivains qui ont soutenu que l'autorisation n'était donnée qu'à la condition que la faillite serait impossible, et que cette condition n'étant pas remplie, la société doit devenir solidaire et rentrer dans le droit commun dont elle n'avait été dispensée qu'à une condition à laquelle elle n'a pas satisfait (1). M. Vincens (2) a parfaitement démontré l'erreur de cette prétention. La loi n'a pu se croire assez puissante pour rendre infaillible un établissement industriel : aussi a-t-elle prévu qu'il pourrait y avoir des pertes (3), et il ne lui a pas paru que la seule existence de ces pertes fût suffisante pour transformer en société solidaire une société qui a voulu être anonyme. Au contraire, c'est précisément en vue de ces pertes possibles, sinon probables, que la constitution anonyme a été donnée à ces sociétés.

474. L'autorisation royale n'enlève pas aux tribunaux le droit d'interpréter les statuts quand des difficultés se présentent entre la société et les tiers. Les statuts, quoi-

---

(1) Sirey, dissert. 17, 2, 213.
(2) *Législ. comm.*, t. 1, p. 340.
(3) Art. 33 C. de comm.

que approuvés par une ordonnance, ne deviennent pas pour cela matière administrative; ce sont des conventions du droit civil, dont la base est dans la volonté des parties, et dont les clauses douteuses doivent être soumises aux juges ordinaires (1). A la vérité, un mot d'un arrêt de la Cour de cassation, du premier avril 1834, semble indiquer qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'interpréter l'ordonnance royale (2). Mais il faut remarquer que précisément la Cour royale, dont l'arrêt fut confirmé par la Cour de cassation, avait interprété une clause ambiguë de l'autorisation, et que la Cour suprême s'attacha à cette interprétation comme à une souveraine déclaration.

Par une raison analogue, on ne serait pas fondé à penser que l'autorisation royale insérée au Bulletin des lois donne aux statuts la force de loi, en ce sens que les interprétations vicieuses de volonté pourraient être révisées par la Cour de cassation (3).

475. Presque toujours l'obtention de l'autorisation royale nécessite, de la part de la compagnie qui se forme, des travaux de recherches et d'essais; souvent aussi il faut former une administration provisoire pour réunir des actionnaires, dresser des écritures, et discuter avec l'autorité les droits de la compagnie. Cet état de choses donne naissance à une société de fait (4), dont les rapports doivent être examinés sous deux rapports: 1° d'associé à associé; 2° d'associé à tiers.

476. Entre associés, il faut distinguer si le défaut

---

(1) M. Chauveau, *Compét. et juridict. administ.*, t. 1, n° 692, § 3.

(2) D. 34, 1. 191. S. 34, 1, 794.

(3) Cassat., 15 février 1826.
D. 26, 1, 139.

(4) *Suprà*, nos 253 et 249.

d'autorisation n'a pas été connu, ou bien si on en a eu pleine ou suffisante connaissance.

Dans le premier cas, les associés, dont la foi a été surprise par une croyance à une autorisation mensongère, ont droit de retirer leur apport ou de réclamer la restitution des sommes versées (1).

Dans le second cas, le pacte social volontairement reconnu, quoique non encore approuvé, doit cependant servir de règle aux rapports mutuels; les qualités qu'il donne ne doivent pas être transformées en qualités aggravantes prises dans un autre ordre d'association. Ainsi, si un actionnaire verse sa mise entre les mains du directeur chargé de la partie financière, il n'a pas d'action contre les autres directeurs associés à qui est confié un autre département (2); il ne peut agir contre le directeur qui a reçu ses fonds, que comme on agit contre un mandataire, et dans le cas où l'inexécution du mandat est le principe d'une responsabilité (3).

477. Les frais faits pour la gestion provisoire des intérêts qu'on veut fonder ne sont mis à la charge des actionnaires, qu'autant qu'ils ne font pas partie de l'apport social de quelques-uns des associés, ou qu'il ne résulte pas des circonstances qu'ils sont une charge du directeur ou de l'inventeur, lequel en obtient la juste et souvent très-large indemnité par les émolumens qu'il retire de la société. Les faits sont décisifs en cette matière. Dans une espèce jugée par la Cour de cassation, il était établi que les travaux préparatoires avaient été vendus aux actionnaires par les associés qui en avaient

---

(1) Cassat. req., 9 juin 1841.
S. 41, 1, 579.

(2) Cassat., 21 juin 1826.
Dalloz, 26, 1, 246.

(3) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 279.

fait la dépense; d'où la conséquence que les actionnaires en avaient payé le prix en versant le montant de leurs actions, et qu'exiger un supplément pour couvrir ces dépenses, c'était en faire payer deux fois la valeur à la société (1). D'un autre côté, il est arrivé quelquefois que des directeurs ont voulu mettre à la charge de la société anonyme, qu'ils ont établie, les frais de fondation : cette prétention n'est pas toujours bien fondée. Le directeur a créé, sans aucun doute, la chose sur laquelle la société vient s'élever; mais n'a-t-il pas pour équivalent, des fonctions rétribuées avec opulence, et qui peuvent le conduire à la fortune? Est-il juste qu'il fasse payer des travaux préliminaires, dont il recueille le fruit, à la société, sans laquelle ils eussent été perdus?

478. A l'égard des tiers, la position est aussi singulièrement influencée par les circonstances. Tout ce qu'on peut dire, en principe, c'est que tous ceux des associés qui ont pris part à l'engagement, directement ou par suite d'une délégation, en sont tenus à l'égard des tiers (2). On rentre alors dans le droit commun. Quant aux associés, dont le nom est resté inconnu et qui n'ont pris aucune part directe ou indirecte à la gestion provisoire, je ne conçois pas que MM. Malpeyre et Jourdain veuillent en faire, de droit, des commanditaires (3); il est plus exact de dire que, régulièrement et en général, l'action des tiers ne peut les atteindre. Au reste, il faut recourir aux règles et aux distinctions que nous avons données *infrà*, numéros 771 et suiv.

479. Tant que l'ordonnance n'est pas rendue, les

---

(1) Cassat. req., 1er avril 1834.
D. 34, 1, 191.
S. 34, 1, 794.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain, nos 437 et 279.

(3) *Loc. cit.* et no 280.

droits des actionnaires sont éventuels; mais rien n'empêche de les vendre, comme une espérance. Si l'autorisation est refusée, les juges examineront les circonstances pour décider, s'il a été dans l'intention des parties de subordonner la vente à une condition résolutoire dans le cas en question, ou bien si elles ont voulu faire un forfait dont l'acheteur dût prendre les chances bonnes et mauvaises (1).

§ 4. *De l'association en participation.*

480. Outre les trois sociétés commerciales dont on vient de voir l'analyse, le Code de commerce reconnaît des associations en participation. Le négoce y trouve un puissant et fréquent moyen d'action; il y a peu d'opérations maritimes auxquelles la participation ne se trouve mêlée (2). Mal connue, en général, dans la pratique des tribunaux ordinaires, imparfaitement caractérisée par la plupart des auteurs (3), elle attirera notre attention spéciale. Nous tâcherons d'en rendre les principes plus sensibles et plus familiers.

481. La société en participation portait autrefois le nom de société anonyme; elle s'appelait ainsi, parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, *comme n'important en façon quelconque au public* (4).

Voici la description qu'en donne un auteur que son

---

(1) En ce dernier sens, arrêt de Lyon du 12 juin 1827. (*Répert. de droit comm.* de M. Patorni, t. 1, p. 118.)

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 281.

(2) V., par exemple, Émerigon, *Traité des contrats à la grosse*, ch. 12, sect. 8, t. 2, p. 591.

(3) *Infrà*, n°s 496, 497, 780, 781.

(4) Savary, t. 1, p. 368. *Junge* Pothier, n° 61.

expérience dans les matières de commerce avait fait appeler dans les conseils qui préparèrent la célèbre ordonnance de 1673 :

« Tout ce qui se fait en la négociation, dit Savary (1), » tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne » regarde que les associés, *chacun en droit soi;* de sorte » que celui des associés qui achète *est celui qui s'oblige* » *et qui paie au vendeur ;* celui qui vend reçoit de l'ache- » teur. *Ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une* » *tierce personne; il n'y a que celui qui agit, qui est le seul* » *obligé.* Ils le sont seulement réciproquement *l'un envers* » *l'autre*, en ce qui regarde cette société. Il y en a qui » sont verbales, d'autres par écrit, et la plupart se font » par lettres missives, que les marchands s'écrivent » respectivement l'un à l'autre, etc. »

Telle est aussi l'idée que Rogue nous donne de la participation : « Cette société ne se fait *sous aucun nom;* » chacun travaille de son côté, *sous son nom particulier.* » Ils se rendent réciproquement compte des profits ou » pertes qu'ils partagent (2). »

Mais pour mieux nous initier à la nature de cette association, mettons-la en action au milieu des combinaisons qui lui sont propres.

482. *Première combinaison.*

Un navire arrive d'Amérique à Bordeaux, chargé de marchandises. Un négociant de ce port envoie à son correspondant de Bayonne le détail de la cargaison et lui propose d'acheter avec lui une partie de café, qui, suivant toutes les apparences de la place, pourra être revendue avec de grands avantages, le priant de lui faire connaître, en cas d'affirmative, pour quelle part il dé-

---

(1) *Loc. cit.*
(2) T. 2, p. 237.

sire entrer dans cette spéculation. Le négociant de Bayonne répond qu'il accepte l'affaire pour un tiers, et qu'il entrera dans cette proportion dans les profits et pertes. Là-dessus, le négociant de Bordeaux achète la marchandise en son nom, et par-là se forme une association en participation, que l'on appelle aussi *compte en participation*, parce qu'elle se résout en un compte entre les deux négocians.

483. Dans cette position, il est clair que le négociant bordelais, qui aura acheté du maître du navire la partie de café, sera seul obligé envers lui; le négociant de Bayonne, au contraire, n'aura contracté aucune obligation; et si le Bordelais vient à faire faillite, le vendeur n'aura pas de recours contre son participant (1). Je reviendrai plus bas sur cette importante proposition (2).

Réciproquement, en cas de faillite du négociant de Bordeaux, le correspondant de Bayonne ne pourra disputer à ses créanciers personnels la marchandise achetée en participation. Il n'aura pas plus de droits que les autres et viendra avec eux au marc le franc (3).

484. Et comme une telle association n'intéresse pas le public (4) et qu'elle ne forme de lien qu'entre les deux associés, elle n'a pas besoin d'être enregistrée (5).

485. *Deuxième combinaison.*

Je me suis rendu adjudicataire de la ferme de l'octroi d'une grande ville; mais, pour me procurer des ressour-

---

(1) Pothier, n°. 61 Rogues, t. 2, p. 238. Savary, t. 1, p. 368 e 369.

(2) *Infrà*, n° 494.

(3) Savary, p. 369.

(4) *Ibid.*, p. 369.

(5) *Ibid.* Rogues, t. 2, p. 239.

ces dont j'ai besoin, j'admets plusieurs capitalistes à participer, avec moi, aux profits et pertes, moyennant qu'ils me fournissent des fonds jusqu'à une certaine somme convenue. Du reste, cette participation doit demeurer inconnue; je suis seul obligé comme fermier de la ville; tous les actes se font en mon nom.

Une telle société est appelée participation par les auteurs (1), et ce n'est pas autre chose.

486. *Troisième combinaison* à peu près semblable à la précédente.

J'ai un intérêt au corps et cargaison d'un navire; je vous en cède une partie moyennant 6,000 fr. que vous me payez. L'expédition se fait, d'ailleurs, en mon nom; seulement, je m'oblige à vous faire part du produit net de l'opération, après avoir prélevé toutes dépenses et dettes. Ces sortes d'associations, très-fréquentes dans nos ports, sont des associations en participation; Émerigon leur donne ce nom (2).

487. *Quatrième combinaison.*

Deux marchands vont ensemble à une foire, et pour ne pas se nuire par une concurrence qui les ferait peut-être suracheter, ils conviennent de faire tous leurs achats en commun pour les partager ensuite. De fait, chacun d'eux achète séparément ce qu'il trouve d'avantageux; puis, tout est rapporté en une masse, et l'on fait les lots suivant la convention.

Cette manière d'acheter en commun est usuelle parmi les revendeurs de meubles qui se rencontrent fortuitement aux encans (3). Elle constitue une société en participation, que l'on a coutume d'appeler *momen-*

(1) Deluca, *De credito*, disc. 87, 88. *De regalib.*, disc. 91. *Infrà*, nos 783 et 790.

(2) *Du contrat à la grosse*, ch. 12, sect. 8.

(3) C'était déjà l'usage du temps de Pothier, n° 61.

tanée, parce qu'elle ne dure que le temps nécessaire pour l'achat et pour la vente (1); elle se contracte verbalement, car elle est trop imprévue et trop rapide pour que l'écriture y trouve place (2).

488. *Cinquième combinaison.*

On trouve enfin la simple participation dans l'espèce suivante. Deux ou trois marchands, voyant que le blé est cher en France et bon marché à Odessa, conviennent que Pierre, l'un d'eux, ira dans cette ville pour faire un achat considérable de tant de sacs de froment, et pour envoyer ensuite ces grains dans le port de Marseille à Joseph, autre participant, chargé d'en faire la revente. Du reste, comme il ne s'agit que d'une seule affaire déterminée, ces marchands ne prennent pas de raison sociale. Un seul achète ce qui est convenu; un autre revend seul, et rend compte à ses associés, anonymes pour le public (3). Ces derniers ne sont pas engagés envers les vendeurs des fromens; ils n'ont pas agi collectivement. Celui-là seul qui a paru a contracté des obligations; les tiers ne connaissent pas les autres et ne peuvent de leur chef les rechercher.

489. Telles sont les combinaisons dans lesquelles se rencontre ordinairement la participation. L'ordonnance de 1673 n'en parlait pas, et ce silence était loin d'être un oubli du législateur; la participation lui avait paru trop étrangère à l'intérêt du public qu'il voulait protéger dans les vraies sociétés. Aussi continua-t-elle à

---

(1) Rogues, t. 2, p. 238.
Pothier, n° 61.

(2) *Ibid.*
Savary, p. 370.

(3) Savary, t. 2, p. 371.
Rogues, t. 2, p. 239.

être pratiquée (1), surtout dans beaucoup d'opérations maritimes, qui, alors comme aujourd'hui, se faisaient presque toujours en compte en participation (2).

Le Code de commerce, croyant être plus complet, a donné sur la participation deux articles qui font suite à l'organisation des sociétés; mais ces quelques mots sont insuffisans pour bien fixer le rôle qu'elle joue dans le droit commercial. Le législateur se borne à la distinguer des trois sociétés normales, la société collective, la société en commandite, la société anonyme; il ne lui donne pas le titre de société, mais celui d'association (3). Elle est relative, dit-il, à *une* ou *plusieurs* opérations de commerce; elle a lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participans (4). Tout cela, on l'a fait remarquer avec raison (5), n'en dit guère plus que le silence de l'ordonnance de 1673.

490. Cependant, une chose reste acquise: c'est que la participation n'est pas une vraie société; c'est que, par une continuation des idées qui régnaient sous l'ordonnance de 1673, on ne peut la ranger dans la catégorie des sociétés proprement dites. Elle est une nuance de la société, mais elle n'est pas la société pure. Nous dirons tout à l'heure pourquoi.

491. Les Romains connurent-ils cette nuance? Les empereurs Dioclétien et Maximien parlent d'une *partici-*

---

(1) Savary, *loc. cit.*
Rogues, *loc. cit.*
Bornier sur l'ordonn. de 1673.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 244.

(3) Art. 47.

(4) Art. 48.

(5) MM. Delamarre et Lepoitevin, *loc. cit.*

pation à un bail de salines (1). Mais, au point de vue où ils étaient placés, ils n'avaient pas de raison pour la séparer de la société proprement dite, et pour ne pas lui en appliquer les principes (2).

492. C'est surtout en Italie que la sagacité des jurisconsultes insista sur les différences de la société pure et de la participation. Les participations étaient très-fréquentes en Italie; elles avaient lieu, non-seulement pour la plupart des spéculations maritimes, mais surtout pour la ferme des revenus publics. Un particulier se rendait adjudicataire de la ferme; c'était une affaire immense. Pour la conduire à bonne fin, en se donnant des auxiliaires, il admettait à y prendre part de grands et nombreux capitalistes (3), qui restaient inconnus du public, mais qui formaient une vaste réunion d'intéressés, tantôt appelés commanditaires, tantôt appelés participans. Ceci prouve combien se sont mépris les jurisconsultes modernes qui ont cru qu'autrefois les sociétés étaient toujours fort restreintes dans le nombre des associés. L'idée d'attirer dans les spéculations commerciales un nombreux concours de capitalistes est donc bien vieille et bien éprouvée par le temps! — Quoi qu'il en soit, ces capitalistes furent exposés de bonne heure à des recherches de la part des tiers qui avaient contracté avec le fermier; d'un autre côté, des dissensions s'élevèrent entre les bailleurs de fonds et les associés en nom.

Les jurisconsultes italiens, éveillés par ces complications d'intérêt, examinèrent donc la participation sous

---

(1) L. 3 C. *Pro socio.*

(2) V. le numéro suivant où Straccha dit que la participation est une invention de la pratique moderne.

(3) V. *Decis. rotæ Genuæ,* 14, nos 84, 85, et notre préface.

deux aspects, 1° de participant à participant; 2° du participant à l'égard des tiers.

493. Sous le premier rapport, la jurisprudence des tribunaux italiens offre de l'incertitude : tantôt les décisions traitent le participant en associé véritable et lui en attribuent les droits contre son co-associé; tantôt ils atténuent la qualité d'associé par la qualité prédominante de bailleur de fonds, de créancier prêteur. Écoutons Straccha dans ses savantes notices des arrêts de la rote de Gênes (1).

Il parle d'un certain Dominique Spinola qui avait donné des fonds à profit et perte à la maison Nicolas-Jean-Jacques et Paul de Auria, sans se mêler de l'administration ; la question était de savoir si Dominique Spinola avait action contre Nicolas qui n'avait pas administré. L'arrêtiste, voulant prouver que le bailleur de fonds ne doit pas souffrir de l'abstension d'un des associés, qualifie d'abord ce bailleur de fonds de *particeps commendans* (2); il accorde bien que la convention le faisait *socius lucri et damni* (3), mais il ne veut pas qu'il soit associé en tout : *non tamen per omnia socius est.* C'est un *particeps, prout communiter appellatur* (4), ayant beaucoup de ressemblance avec le déposant, ou le prêteur. Toutefois, le déposant et le prêteur reçoivent leur nom légal du droit civil : *qui duo contractus a jure recipiuntur* (5). Mais la participation a été introduite par la pratique : *participem verò sola introduxit praxis;* et il ne faut pas s'en étonner, car le maniement des affaires fait naître des combinaisons qui vont au delà des prévisions

(1) Décis. 39.
(2) V. le titre de ce chapitre.
(3) N° 6.
(4) N° 9.
(5) N° 10.

et des formules du législateur: *Nec mirum, quandoquidem plura esse negotia, quàm à legislatoribus adinventa vocabula testatur Ulpianus* (1). Quoi qu'il en soit, le participant convient avec le déposant et le prêteur, en ce que ni les uns ni les autres ne peuvent administrer; que tous ont pour obligés ceux qui ont reçu, et qu'enfin ils ne peuvent être actionnés par les créanciers de ces derniers, ni actionner leurs débiteurs : *nec agere contra debitores, nec conveniri a creditoribus valent* (2). Il s'éloigne aussi de l'associé en ce que, dans la société, l'associé qui a laissé son co-associé s'abstenir ne peut le rechercher comme administrateur; tout ce qui s'est fait quant au mode d'administration est censé avoir été convenu entre tous. Mais comment ceci pourrait-il être opposé au participant qui n'administre pas?

La décision de la rote, rapportée par Straccha, fut basée sur ces idées. Elle accorda contre l'associé une action directe et actuelle, comme s'il eût administré et comme si Dominique Spinola était un simple créancier.

Dans une autre décision (3), l'arrêtiste revient là-dessus; mais son langage n'est déjà plus aussi absolu: il convient de l'identité qui existe, en principe, entre la société et la participation. « Participem, seu » eum qui habet partem in negotio *dici proprie socium* » (L. *Cum in societates*, 3, C. *Pro socio*) (4), ubi socius » appellatur, *ille qui participaverat in salinis* (5). » Mais, bien qu'il n'y ait pas de différence substantielle entre les associés et les participans, cependant on

---

(1) L. 4 D. *Prescript. verbis.*

(2) N° 10.

(3) Décis. 14, n°s 22 et 129.

(4) Diocl. et Maxim.

(5) Ce texte porte en effet : « Si patrem tuum salinarum *societatem participasset.* »

est obligé de convenir que toutes les sociétés ne se ressemblent pas et qu'il y en a de différentes espèces (1).

Enfin, dans la décision 46, Straccha fait un pas de plus pour s'éloigner de l'arrêt Spinola. Il repousse toute différence entre l'associé et le participant : « Re» verà *hæc duo nomina*, SOCIUS ET PARTICEPS, *in alio non* » *dissentiunt quam nomine. Effectu enim* IN OMNIBUS *con*» *cordant* (2)... Petens itaque Joannes, *ut particeps*, lucra » et suum capitale, debet reputari socius. » Ici cependant de quoi s'agissait-il ? D'un certain Jean Grimaldi qui avait mis des fonds à profit et perte dans la société *Étienne Cicala et Jean-Baptiste Grimaldi*. Ce dernier seul avait administré. La rote décida que, comme associé, Jean Grimaldi avait action contre lui *in solidum ;* mais, à l'égard d'Étienne Cicala, elle pensa que celui-ci, n'ayant rien géré, ne pouvait être recherché qu'après avoir discuté l'associé administrateur, par argument de la loi 65, § 14, D. *Pro socio*, d'après laquelle l'associé en perte doit, avant tout, s'adresser à la caisse commune (ou à celui qui la gère), sauf, s'il y a insuffisance, à demander aux autres associés son indemnité. Remarquons-le bien : la loi précitée ne statue qu'entre associés. A l'égard des tiers, il n'en est pas de même; les créanciers peuvent assigner solidairement les associés dont le nom fait partie de la raison sociale. « *Secùs verò*, » dit Straccha, quoad extraneos creditores cum dictâ » societate contrahentes, qui procul dubio habent » quemlibet socium, *quorum nomen expressum est*, obli» gatum. »

Jean Grimaldi, quoique participant, est donc considéré comme associé, vrai associé. On lui oppose la loi 65, § 14, qui regarde les associés entre eux. On tire

(1) N° 129.
(2) N° 1.

une profonde ligne de démarcation entre un prêteur, un déposant, un tiers en un mot, et lui.

Et cependant, dans la décision 39, la participation, envisagée d'un autre œil, avait entraîné un résultat tout contraire. Le participant, assimilé, sous ce rapport, à un tiers, avait triomphé contre un associé qui n'avait pas administré !!

A mon avis toutefois, la bonne manière de décider est la dernière. Dans leurs rapports internes, les participans me paraissent être sur le pied d'associés; la qualité d'associés leur convient mieux que toute autre.

494. Quant au second aspect, c'est-à-dire, au rapport des participans avec les tiers, je n'aperçois aucune variation dans la jurisprudence des tribunaux italiens, si intéressante à étudier pour tout ce qui tient aux rapports commerciaux. Toujours la participation est signalée, dans ses rapports avec les tiers, comme ne constituant pas les relations de la société : les tiers n'ont pas à argumenter d'une association qui ne s'est pas révélée; ils n'ont pas d'action contre le co-associé avec lequel ils n'ont pas contracté, tandis que, dans la société, la dette contractée par l'un des associés pour le négoce commun oblige tous les autres. « In casu societatis, dit Deluca (1), debitum ab uno socio, in causam negotii socialis contractum, obligat alterum, — et è converso, *exclusâ societate, ac positâ simplici admissione ad participationem* contrarium dicendum est. » Cet auteur a souvent reproduit cette distinction (2); on la retrouve dans le discours 27 de son livre *De locatione et conductione* (3); elle éclate de toutes parts dans ses œu-

---

(1) *De credito*, disc. 87, n° 7.

(2) *Ibid.*, disc. 88, n° 4, *De credito*.
— disc. 91, n° 15, *De regulib.*

(3) N° 4.

vres. A travers les raisons vives et séduisantes dont elle étincelle, on remarque celle-ci: La société forme un corps; la substance de l'affaire qui fait l'objet de la société réside en chacun des associés: *substantia in omnibus residet* (1). Mais la simple participation n'a pas cet effet; elle n'engendre qu'une simple communication des gains et des pertes quand l'affaire est finie.

Casaregis, dont l'opinion est si puissante en droit commercial, fait aussi une différence sensible entre la participation et la société: les participans ne lui apparaissent pas comme de vrais associés. Et pourquoi? par le motif donné par Deluca: parce que les participans ne sont pas coseigneurs de l'affaire (2). De là cette conclusion: « Maxima est differentia inter socium et » participem, et sic diversi in jure producuntur effec- » tus, quorum præcipui sunt, ut participes non te- » neantur *nisi ad ratam capitalis pro quo participant in ne-* » *gotio; neque ipsi agere possunt contra debitores societatis,* » *neque conveniri valent a creditoribus societatis.* »

Finalement, la rote de Gênes vient prêter son imposante autorité à ce système. Elle veut qu'on ne confonde pas avec la société la participation, qui ne donne droit qu'à un compte et qui n'est qu'une affaire de participant à participant (3). Elle décide que les actions données aux tiers contre de vrais associés, tous coseigneurs d'une affaire, ne doivent pas être attribuées à ces mêmes tiers contre des participans, qui n'ont pas la maîtrise de l'affaire, dont les droits ne commencent à naître

---

(1) *De loc. cond.*, disc. 27, n°s 4 et 5.

(2) Non sunt socii, neque in jure formali, *negotii considerantur condomini; sed solum sunt participes.* Disc. reg., n° 38.

(3) Décis. 14, n° 120.

que quand l'affaire est finie et se bornent à exiger un compte de profits et pertes (1).

495. Ainsi donc la nuance est bien réelle entre la participation et la société; elle se résume à ceci: la société fait que toute l'affaire réside dans la personne de chaque associé; que ce qui se fait au nom de l'un est censé fait au nom des autres; que tout est commun, simultané, de même que dans un corps animé ce qui touche une des parties réagit sur tout l'ensemble. Au contraire, dans la participation, l'affaire est propre à celui qui agit; elle est sienne, elle est individuelle. Seulement, quand l'opération est terminée, il y a à rendre un compte de profits et pertes.

En un mot, la société forme un corps moral; la participation ne reconnaît que des individus.

L'importance de ces idées est grande; nous en verrons plus tard l'utilité (2).

496. Quelques auteurs (3), voulant signaler les caractères par lesquels la participation marque son originalité, se sont enquis de la durée de l'opération, ou de l'unité de l'affaire, ou de ce qu'elle pouvait avoir de déterminé ou d'indéterminé, de présent ou de futur. M. Locré croit avoir tout dit avec ces paroles : « L'association en participation n'est qu'un *marché d'un moment*, relatif à quelque opération passagère, *et en cela elle diffère de la société dont le lien plus durable* forme entre les associés une communauté d'intérêts continus (4). »

---

(1) Décis. 14,, n°s 56, 61, 86, 118, 119, 120.
Au surplus, voyez *infrà*, n° 783, l'affaire Pallavicini.

(2) *Suprà*, n° 82. *Infrà*, n° 864.

(3) Entre autres MM. Malpeyre et Jourdain, n°s 409 et 480. M. Pardessus, t. 4, n° 143 et suiv.

(4) Observations sur l'art. 47. *Junge* M. Persil fils, sur l'art. 47,

Mais comment peut-on faire consister l'attribut distinctif de la participation dans le trait de temps assigné à son existence? Est-ce donc qu'un marché d'un moment ne peut pas être entrepris collectivement? Est-ce qu'une société collective ne peut pas se former de fait pour une opération accidentelle, et offrir au public, dont elle a besoin, le crédit simultané de tous ses membres? Mais, en outre, n'y a-t-il donc pas des participations dont la durée est de nature à se prolonger beaucoup? Comment! vous appelez marché d'un moment l'admission d'un participant aux profits et pertes du bail d'un octroi, lorsque ce bail a plusieurs années à courir? Toutes ces associations dont nous parle le droit italien pour l'exploitation de la ferme des revenus publics, vous les appelez des réunions éphémères? Sans doute, il arrive presque toujours que les affaires accidentelles se mettent en simple participation. Mais n'oubliez pas que la société momentanée que nous ont signalée Savary, Rogues, Pothier (1), n'est pas le type du genre; elle n'est qu'une des branches de la participation, laquelle, dans d'autres circonstances, peut se constituer pour un long temps (2).

497. D'autres jurisconsultes ont insisté sur ce que la participation se renferme dans une seule affaire et dans le temps nécessaire pour la terminer, tandis que la société collective a pour but de se livrer à des opérations successives (3). Ainsi on a vu la Cour royale de Bor-

---

n° 1, et M. Vincens, t. 1, p. 378. Ce dernier dit : « C'est la *réu-* » *nion passagère* que deux ou plusieurs négocians contractent » entre eux, etc. » Et plus bas : « Ces conventions *accidentelles*, etc. »

(1) *Suprà*, n° 487.

(2) *Junge* MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 245.

(3) M. Persil fils sur l'art. 47 Code de comm., n° 2. MM. Malpeyre et Jourdain, n° 410.

deaux refuser le caractère de participation à une société formée pour le transport des voyageurs par des bateaux à vapeur (1).

Ainsi encore la Cour royale de Grenoble a renvoyé à la classe des sociétés collectives, ou en commandite, une association de deux individus, par cela seul qu'elle embrassait une série d'opérations sur les eaux-de-vie, vins, huiles et savons (2).

Mais rien n'est plus trompeur qu'un tel point de départ. L'art. 48 du Code de commerce ouvre à la participation un champ bien plus vaste; loin de lui interdire une série d'affaires, il admet qu'elle peut être relative à une ou plusieurs opérations de commerce, sans distinguer si ces opérations sont distinctes, ou bien si elles se lient entre elles; si elles sont contemporaines, ou bien successives.

Aussi, qu'est-il arrivé? C'est qu'à côté de décisions judiciaires qui, dans leur embarras, se sont inspirées de la définition que nous combattons, nous en trouvons une foule qui ont vu une participation dans des associations formées pour des opérations successives, comme l'exploitation d'un établissement de bains (3), l'exploitation de toute une branche de commerce, par exemple, de la commission (4), l'exploitation d'une verrerie (5), d'une forge, du commerce des huiles, etc. (6).

498. Ce n'est pas tout : tantôt on a prétendu que la participation est incompatible avec des opérations indé-

(1) 31 août 1831. D. 32, 2, 20.
S. 32, 2, 19.

(2) 9 juillet 1831. (D. 32, 1, 145.)

(3) Cassat., req., 5 juillet 1825. (D. 25, 1, 334. S. 25, 1, 413.)

(4) Cassat., req., 18 juillet 1832. (D. 32, 1, 359.)

(5) Affaire Homs, M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.

(6) Bruxelles, 15 mars 1808. D., t. 2, p. 381.

terminées, comme le commerce des fers, des bois, des bestiaux, et qu'elle ne s'adapte qu'à des opérations déterminées; tantôt on a enseigné que l'opération doit être née au moment où les parties font l'association (1).

Et cependant, malgré toutes ces distinctions et sous-distinctions, ceux qui les ont imaginées conviennent que l'esprit peut encore errer de la participation à la société, et de la société à la participation (2). Eh! sans doute; car ces aperçus sont inexacts; et l'on aurait dû voir que le Code de commerce, en soumettant la participation à la liberté des volontés particulières, n'a pas entendu s'égarer dans ce dédale de subtilités (3).

499. Qu'est-ce donc qui caractérise la participation? Le voici :

D'abord, elle est occulte, essentiellement occulte. Quel que soit son objet, si elle se manifeste au public, elle n'est pas une participation. Momentanée ou prolongée, embrassant une affaire née ou une affaire à naître, une opération simple ou des opérations successives, dès l'instant qu'elle ne reste pas concentrée dans des rapports intérieurs, elle est une société collective; le nom de participation est menteur, il ne lui appartient pas (4).

500. Mais ceci ne suffit pas; il est un autre trait auquel on doit aussi s'attacher : c'est que la participation ne confond pas la propriété des mises; c'est que les parties ne se sont pas associées pour former un capital social, un fonds appartenant à la société; c'est qu'en se réunis-

---

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 143.
Bordeaux, 5 mai 1829.
D. 33, 2, 131.

(2) M. Pardessus, *loc. cit.*

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, *loc. cit.*

(4) *Infrà*, n°s 780, 781, 826, 864. — 799.

sant, elles retiennent la propriété de leurs apports ; c'est que leur association ne leur donne de droits respectifs que pour entrer en compte des profits et pertes, et qu'avant ce temps il n'y a pas de fusion d'intérêts, de vie commune, d'action simultanée : tout est individuel, propriété, industrie.

Je sais que cette vérité a été obscurcie par un arrêt de la Cour royale d'Aix du 14 juillet 1823 (1), qui a cru que la participation, semblable en ce point aux autres sociétés, fait, des mises respectives, une copropriété sur laquelle les participans ont un droit collectif. Mais c'est là une erreur, une dangereuse erreur. Si le pourvoi dirigé contre cet arrêt fut rejeté par la chambre civile, après avoir été admis par la chambre des requêtes de la Cour de cassation, c'est que des circonstances de fait dominèrent la question de droit (2). En principe, la participation ne crée pas de patrimoine commun, et les mises restent propres aux associés.

Les auteurs italiens, Deluca entre autres, ont mis le doigt sur ce côté sensible avec une justesse parfaite (3). M. Vincens est presque le seul parmi nous qui ait su le faire ressortir (4). C'est là, je le répète, le signe caractéristique et saillant ; c'est par-là que la participation n'est pas une vraie société. Sans cela, pourquoi donc l'aurait-on classée hors des catégories de la société ? Croyez-vous qu'une association cesse d'être une société parce qu'elle est momentanée, ou bien parce qu'elle s'applique à des opérations nées, déterminées, non

---

(1) D. 26, 1, 361.

(2) Arrêt du 19 juin 1826. (D. 26, 1, 361.)

(3) *De loc. cond.*, disc. 29, nos 4, 5. J'ai cité ses parole *suprà*, n° 494. — V. arrêt de cassat. du 7 août 1838, d'où sort un argument conforme. (D. 38, 1, 316.) *Infrà*, n° 864.

(4) T. 1, p. 379, n° 4.

successives ? Non, assurément. Mais une association n'est pas une société normale, quand elle ne forme pas un fonds commun, un capital social, quand chacun des associés ne démembre rien de la propriété de son apport : car, dans ce cas, il lui manque une des conditions de l'article 1832.

501. Ceci ne veut pas dire que le propriétaire d'une chose ne puisse admettre une personne à la participation des bénéfices et pertes que produira l'exploitation de cette chose, et lui céder en même temps une partie de cette chose, à titre de copropriétaire. Tous les jours on voit le propriétaire d'un navire et d'une cargaison en céder une partie à un tiers, avec lequel il s'associe pour les bénéfices et pertes ; mais il ne résulte pas de là que le navire et la cargaison sont une propriété sociale : chaque participant est propriétaire en droit soi d'une chose simplement commune.

502. Voilà quelle est la vérité.

Il s'ensuit que l'association en participation n'a ni nom, ni raison, ni signature sociale, ni siége; elle n'est pas sujette aux formalités prescrites pour les autres sociétés (article 50 du Code de commerce); elle est exempte de publicité ; elle se prouve par tout moyen de preuve, même par la preuve testimoniale (article 49).

503. La participation engendre cependant des rapports qu'il faut définir.

Et d'abord, le participant qui agit n'est pas nécessairement, comme dans la société collective, le mandataire de celui qui n'agit pas. Presque toujours l'affaire est sienne ; il opère en droit soi, comme dit Savary, et alors on ne peut le révoquer (1) ; car ce serait vouloir lui enlever le domaine de sa chose. Le fermier de l'octroi

(1) Décis. de la rote de Gênes. Déc. 14.

qui a des participans (1), le négociant de Bordeaux qui achète une portion de café de compte à demi avec le négociant de Bayonne (2), le marchand qui va acheter du blé à Odessa (3), tous font leur affaire propre : s'ils ont des associés, c'est pour partager les gains et les pertes, mais pas pour communiquer la propriété même de l'opération.

504. Cependant, il peut aussi arriver que le participant actif soit le mandataire de l'autre pour conduire à fin l'affaire dont les résultats doivent être partagés. Si Pierre, qui va partir pour le Levant sur le navire *l'Ajax,* est chargé par Paul d'opérer à Smyrne, de compte à demi, la vente de certaines marchandises qu'il lui confie, Pierre joue, dans cette société en participation, le rôle de mandataire de Paul. Il est inutile de multiplier les exemples; les affaires de commerce en reproduisent tous les jours de nouveaux (4).

505. Dans cette position des associés inconnus par rapport à l'associé connu, il y a ceci de remarquable : c'est que les premiers suivent entièrement la foi du dernier (5). L'associé à qui la marchandise a été confiée pour la vendre est investi du droit d'en traiter avec les tiers, comme s'il en était maître exclusif; non pas que dans le compte de profits et pertes il ne soit tenu de sa faute ou de ses malversations dans la gestion de l'intérêt qui lui est confié. Mais, quant aux tiers de bonne foi, tout ce qu'il a fait, a été bien fait. S'il n'en était ainsi, il n'y aurait aucune sûreté dans le commerce (6).

---

(1) *Suprà*, n° 485.
(2) *Suprà*, n°s 482, 483.
(3) *Suprà*, n° 488.
(4) *Infrà*, n° 510.
(5) Savary, t. 1, p. 369.
(6) Savary, *ibid.*

506. De là il suit que les dettes contractées par l'associé connu, et qui grèvent la chose objet de la participation, doivent être respectées par l'associé inconnu. Les tiers ont suivi la foi du participant actif; à leur tour les participans inactifs se sont livrés à lui pour faire leur affaire et en traiter comme maître; les usages du commerce sont invariables à cet égard et la raison les approuve hautement. Comment, en effet, les participans pourraient-ils trouver mauvais le maintien des actes faits par leur coparticipant? Est-ce qu'ils seraient fondés à reprocher aux tiers leur confiance, lorsqu'ils en ont eu une tout aussi entière dans leur associé?

507. A ce propos, je citerai comme exemple une espèce qui se rencontre très-fréquemment dans le commerce maritime. Pierre, commandant du navire l'*Aigle* et intéressé au corps et aux facultés, cède pour six mille francs de son intérêt à Primus, et pour quatre mille francs à Secundus; voilà entre ces trois individus une association en participation. Plus tard, Pierre, directeur de l'opération dont les profits doivent être communs, emprunte à la grosse diverses sommes; le navire part pour les Indes et retourne; procès entre les participans et les prêteurs, dont le privilége est contesté. — Dites que la préférence appartient à ceux-ci; les prêteurs ont contracté avec le maître de l'affaire; ils ont fait ce que de leur côté les participans avaient fait avant eux; ils ont suivi la foi de Pierre (1).

508. Du principe que l'associé agit en droit soi, dans l'affaire dont il consent à partager les résultats avec son participant, il sort une autre conséquence que je vais formuler, en revenant à l'un des exemples donnés tout à

(1) Émerigon, *Contrats à la grosse*, ch. 12, sect. 8, p. 592. Il cite une sentence de l'amirauté et un arrêt du parlement d'Aix du 6 juin 1778. *Junge* p. 584.

l'heure, à celui du marchand qui est parti pour Odessa afin d'y acheter des blés (1). Supposons qu'il effectue l'achat avec ses fonds particuliers ; ne croyez pas que cet achat fait de la main d'un associé fasse entrer la chose dans le patrimoine de la société ; nullement ; les blés sont la propriété exclusive de l'acheteur ; il n'a pas acheté pour lui et pour ses associés, comme dans une société ordinaire ; la propriété est à lui seul ; elle est individuelle, elle n'est pas sociale (2) ; les créanciers des co-intéressés n'y peuvent rien prétendre du chef de ces derniers, lesquels n'ont droit qu'à un compte de profits et pertes.

509. Mais allons plus loin ; et supposons que l'un des participans ait fait une mise de dix mille francs, et que ces fonds aient servi à acheter les blés d'Odessa destinés à être revendus à Marseille ; les blés appartiendront-ils au bailleur de fonds, ou seront-ils la propriété de l'acheteur qui sera censé les avoir acquis pour lui avec des fonds en quelque sorte prêtés ?

Au regard des tiers qui ont traité avec l'acheteur, la question n'est pas douteuse ; c'est ce dernier qui est pour eux le véritable propriétaire ; c'est sur sa tête que repose toute l'affaire ; elle est censée lui appartenir en entier (3). Ils trouvent les blés entre ses mains par

---

(1) *Suprà*, n° 488.

(2) M. Vincens, p. 379. Arrêt de Rouen du 21 avril 1840. Dal., t. 8, p. 249. Les motifs de cet arrêt ne sont pas irréprochables.

(3) *Infrà*, n° 864.
Cassat., 1er juin 1834. (D. 34, 1, 202. S. 34, 1, 603.)
19 mars 1838. (D. 38, 1, 102.)
Paris, 18 janvier 1834. (D. 34, 2, 100.)
Émerigon, *Traité des contrats à la grosse*, ch. 12, sect. 8, t. 2, p. 591, 592.

suite de la confiance du co-associé ; ils les saisissent : c'est leur droit.

510. Mais, d'associé à associé, quel sera le vrai propriétaire ? celui qui a donné les fonds ? ou celui qui les a employés ? Si le bailleur de fonds tombe en faillite, ses créanciers pourront-ils saisir les blés à leur arrivée à Marseille, sous prétexte qu'ils sont la chose de leur débiteur, et que dans une participation les effets des associés ne se confondent pas ?

En général, je ne le pense pas. L'acheteur des blés ne les a pas achetés comme simple mandataire ; l'achat a été fait en son nom ; la chose est entrée à ce titre dans son patrimoine ; il a entendu faire et il a fait en réalité sa propre affaire, sauf à en partager les produits. Les blés sont à lui, et tout ce qu'il doit à son coparticipant, c'est un compte : il ne doit donc rien de plus aux créanciers de ce dernier.

Est-il vrai cependant qu'il ait été jugé, comme on le prétend, que celui, qui fournit les fonds à l'associé chargé des ventes et des achats, est propriétaire des marchandises existantes, ou des prix provenant des ventes, jusqu'à concurrence de ses avances (1). Non ; si on se pénètre bien des circonstances dans lesquelles l'affaire se présentait. On établissait en fait que le préposé aux achats n'était pas le maître de l'affaire, qu'il ne faisait que jouer le rôle d'un *instituteur ;* et la Cour royale le déclara mandataire, tandis qu'elle assigna aux bailleurs le caractère de commettans. Il est clair qu'en présence de tels faits les magistrats devaient décider que la propriété des marchandises achetées reposait sur la tête des bailleurs de fonds. Certes ! il y a des cas où il en peut être ainsi ; en ces sortes de matières,

---

(1) M. Persil fils, art. 48, n° 8.
Bruxelles, 15 mars 1808. (Dal., t. 2, p. 381. S. 8, 2, 200.)

les faits ont une souveraine puissance : les tribunaux les apprécieront.

Mais, remarquons-le bien : que la propriété appartienne au participant connu ou aux anonymes, il n'en résulte pas moins qu'elle n'est pas sociale, et que d'un côté ou de l'autre, elle tombe toujours dans un patrimoine privé.

511. Du reste, malgré la vérité du principe, que, dans la participation, les effets apportés par les associés ne se confondent pas, il ne serait pas exact de dire que chaque associé peut toujours disposer à son gré de la chose qu'il a conférée. La raison en est simple. Ordinairement les mises consistent dans des meubles, dont le participant connu se trouve personnellement saisi ; les autres co-associés en ont quitté la possession pour la remettre dans ses mains, grevée de l'obligation de contribuer aux charges de l'affaire : or, le fait de la possession est ici considérable et décisif. Les co-associés n'ont pu engager leur chose, ainsi placée hors de leur possession, que sous la réserve des droits qui la grevaient ; les créanciers qui l'ont acceptée dans de telles conditions, ont su ou dû savoir que leur auteur n'en avait pas la libre disposition. Il n'y a d'exception à ceci que dans le cas que nous examinerons au numéro 513.

Ces raisons expliquent un arrêt de la Cour d'Aix du 14 juillet 1823 (1), dont je parlais il n'y a qu'un instant, et qu'un rejet de la chambre civile de la Cour de cassation, du 19 juin 1826, sauva des attaques dont il était l'objet. Deux négocians de Marseille, Ballot et Olive, s'étaient associés en participation pour l'affrétement du navire la *Lydia*. Il avait été convenu qu'Olive, seul armateur du navire, serait aussi le seul maître de l'opé-

(1) D. 26, 1, 363.

ration et le seul propriétaire de la cargaison. Les marchandises furent embarquées ; dans le nombre il y avait une partie de ...... fournie par Ballot. Notons que ce fut Olive qui acquitta les droits de douane, et que le connaissement fut fait en son unique et privé nom. — Peu de temps après, Ballot emprunta à la grosse, auprès des sieurs Jullien, une somme de deux mille francs, pour sûreté de laquelle il engagea les marchandises d'entrée et de sortie qui seraient trouvées lui appartenir sur la *Lydia*.

Le navire fit son voyage et revint chargé de cotons : les héritiers Jullien prétendirent être payés par préférence à Olive et avant toute liquidation.

Ce système n'était pas soutenable. Olive était saisi, et sa possession précédait le prêt à la grosse ; il était présumé propriétaire de la cargaison par le connaissement, par les conventions sociales, par la prépondérance de la possession non contredite par un titre opposé. Comment ! lui, armateur, n'ayant jamais cessé d'avoir sous sa main le total du navire et de la cargaison, il se serait vu enlever son gage spécial par un créancier postérieur et non saisi (1) !!!

On voit que dans ces circonstances il n'y avait rien de plus facile à motiver que le rejet des prétentions des sieurs Jullien. La Cour royale d'Aix, cependant, au lieu de prendre la question sous ce côté simple et clair, se perdit dans une diffuse théorie sur la copropriété collective de tous les membres d'une société en participation !!! Mais cette erreur des motifs n'enlève rien à la justice de son arrêt, qui maintint le sieur Olive dans tous ses droits, renvoyant les sieurs Jullien au résultat de la liquidation pour se venger sur la part sociale de Ballot.

---

(1) Argument de ce que dit Émerigon, *Des contrats à la grosse*, t. 2, p. 593.

512. Mais si la chose mise en participation occulte était un immeuble, le propriétaire en disposerait sans obstacle, et les participans ne seraient pas fondés à soutenir que des créances prétendues sociales devraient l'emporter sur le droit que des tiers de bonne foi auraient acquis sur cet immeuble par la volonté de son propriétaire (1). Une société en participation ne peut se poser en face des tiers avec des droits privilégiés ; elle ne comprend que des individus, avec lesquels on traite avec plus ou moins de sûreté, suivant qu'ils sont saisis d'objets plus ou moins solides entre leurs mains.

513. Enfin, je poserai un dernier cas, pour montrer que dans la participation il n'y a pas copropriété des mises. Pierre, négociant de Toulouse, envoie des blés à François, négociant de Marseille, pour que celui-ci les vende de compte à demi. Avant la vente, François tombe en faillite; ses créanciers personnels veulent se payer sur les blés; mais Pierre les revendique comme siens. Sera-t-il écouté? Sans doute. Vainement dirait-on que la chose est sociale. Nullement; elle reste la propriété de François, qui pourra la réclamer, s'il se trouve dans les conditions de tout revendiquant (2).

514. Au reste, ces idées reviendront plus bas, lorsque nous nous occuperons du concours des créanciers d'une société avec les créanciers personnels de ceux qui la composent (3).

515. Nous avons souvent répété que les associés en participation doivent se rendre un compte respectif des

---

(1) *Infrà*, n° 864.

Cassat., 1er juin 1834. D. 34, 1, 202.
S. 34, 1, 603.
19 juin 1838. D. 38, 1, 102.

(2) Cassat., 7 août 1838. D. 38, 1, 346.

(3) *Infrà*, n° 864.

profits et pertes de l'opération. Mais quelle est l'étendue de la contribution de chacun d'eux aux pertes éprouvées ? Le participant oisif ne doit-il indemniser l'associé qui a agi que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a exposés dans la société, de telle sorte qu'il soit entièrement quitte alors même que ce concours serait insuffisant ? ou bien doit-il contribuer indéfiniment, pour sa part, de manière que si sa participation était de moitié et que la moitié des dettes fût de vingt mille francs, il fût tenu de payer cette somme entière, même sur ses autres biens, quand même il n'aurait aventuré dans l'affaire que dix mille francs ?

Les auteurs italiens ne m'ont pas paru parfaitement d'accord à cet égard avec les auteurs français.

L'arrêtiste de la rote de Gênes enseigne, dans son exposé de la décision 14 (1), que le participant n'est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise dans la société : « Participes non tenentur nisi pro » summa quam exposuerunt in societate (2). »

Et ailleurs : « *Particeps non tenetur nisi de pecuniis* » *quas ipse posuit in societate,* non autem personaliter » in solidum cum nihil gesserit (3). »

Presque toujours les auteurs italiens veulent que l'associé qui n'a pas donné son nom ne soit tenu que jusqu'à concurrence de ce qu'il a exposé dans la société (4). Casaregis, qui est le dernier et le plus considérable de cette école, dit : « Participes non tenentur

---

(1) N° 110.

(2) Et il cite Balde, conseil 125.
Ancharrani, cons. 332. Decius, etc.

(3) Décis. 46, n° 3.
Arg. de la loi 63 *Nemo*, D. *Pro socio*.

(4) Decis. rot. Genu. 14, n° 131.
Straccha, *De contract. merc.*, n° 23.

» nisi ad ratam capitalis pro quo participant in nego-
» tio (1). »

Cela tient sans doute à l'intimité de la participation et de la commandite aux yeux des auteurs italiens (2).

Mais Pothier nous donne des idées différentes de l'obligation du participant :

« Les associés en commandite, de même que les associés inconnus (en participation)..... ne sont tenus des dettes qu'envers leur associé principal et connu qui les a contractées. Ils doivent l'en acquitter, chacun pour la part qu'il en a dans la société, savoir : *l'associé anonyme indéfiniment*, et l'associé en commandite seulement jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis dans la société (3). »

Et ailleurs : « Les associés diffèrent en ce que dans la société anonyme (participation) l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la société; au lieu que l'associé en commandite n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise en société (4). »

C'est cette opinion que nous suivons invariablement en France. Nous laissons à la commandite seule la prérogative de n'obliger le commanditaire que jusqu'à concurrence de sa mise et jamais au delà. La participation n'a pas ce privilége; elle rend le participant responsable des pertes pour sa part et portion, quand même cette part serait plus forte que sa mise. Pour que le participant ne fût tenu que du montant seul de sa mise, il fau-

---

(1) Disc. 39.
(2) *Suprà*, n° 385.
(3) *Société*, n°s 101 et 102.
(4) N° 63.

drait une stipulation bien formelle, et dans ce cas on la respecterait; car l'article 48 admet toutes les conventions qui ne sont pas contraires à la bonne foi et à l'ordre public (1).

---

(1) M. Pardessus
Et M. Persil fils sur l'art. 48, n° 9.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

FIN DE LA TABLE.

